الحمد لمن جعل تحصيل ... شمس ... لكل صعبة

علم ... المسائل ... الله ...

سنة ١٢

[illegible]

طبع في مطبع العلوي لعلي بخش خان في لكهنو

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

قال البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظي الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والآخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك وقوله رضيت بكذا او اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة قال واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء رده وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضاء الآخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى قال وايهما قام من المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال

افعي يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ

ابطال حق الغير فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها

او يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها

في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة والاثمان المطلقة

لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة

مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال

ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وعنه عليه السلام انه

اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب

بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها قال ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد

لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف اليه فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين احدها

وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او

يكون احدها اغلب واروج فحينئذ يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت

سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع اذا

اطلق اسم الدرهم كذا قالوا ويصرف الى ما قدر به من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية

قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف

النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال

الربو ولان الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم فشابه جهالة القيمة قال ويجوز باناء بعينه لا يعرف

مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم

فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة

وعن ابي حنيفة انه لا يجوز في البيع ايضاً والاول اصح واظهر قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز

البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة الا ان يسمي جملة قفزانها وقالا يجوز في الوجهين له انه تعذر الصرف الى

الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان او

بالكيل في المجلس وصار هذا كما لو اقر وقال لفلان علي كل درهم فعليه درهم واحد بالاجماع ولهما ان

الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبداً من عبدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند

ابي حنيفة فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس او سمى جملة قفزانها لانه علم ذلك

الآن فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع قال ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها

عند ابي حنيفة وكذلك من باع ثوباً مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت

وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع وذراع من

ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة الى المنازعة فيه وتفضي

اليها في الاول فوضح الفرق قال ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها

اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه

قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر

ليس بوصف ومن اشترى ثوباً على انه عشرة اذرع بعشرة او ارضاً على انها مائة ذراع بمائة فوجدها

اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن وان شاء ترك لان الذراع وصف في الثوب الا

ترى انه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا ياخذه بكل الثمن

بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا ياخذه بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور

لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وان وجدها اكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لانه صفة

فكان بمنزلة ما اذا باعه معيباً فاذا هو سليم ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم

فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن وإن شاء ترك لأن الوصف وإن كان

تابعا لكنه صار أصلا بإفراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع بمنزلة ثوب وهذا لأنه لو أخذه بكل الثمن

لم يكن آخذا لكل ذراع بدرهم وإن وجدها زائدة فهو بالخيار إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وإن شاء فسخ

البيع لأنه إن حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وإنما يلزمه الزيادة لما بينا

أنه صار أصلا ولو أخذه بالأقل لم يكن آخذا بالمشروط قال ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام

فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وقالا هو جائز وإن اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما

أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم وله أن الذراع اسم لما يذرع به و

استعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند أبي حنيفة

بين ما إذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على أنه

عشرة أثواب فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع أو الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل

النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز في فصل

النقصان أيضا وليس بصحيح بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فإذا أحدهما مروي حيث لا يجوز فيهما

وإن بين ثمن كل واحد منهما لأنه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول

يشترط في المعدوم فافترقا ولو اشترى ثوبا واحدا على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فإذا هو عشرة و نصف

أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة في الوجه الأول يأخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة

إن شاء وقال أبو يوسف رحمه الله عليه في الوجه الأول يأخذه بأحد عشر إن شاء وفي الثاني يأخذه بعشرة إن

شاء وقال محمد رحمه الله في الأول يأخذه بعشرة ونصف إن شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لأن من

ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمها ولأبي يوسف أنه لما أفرد

كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولأبي حنيفة رحمه الله عليه أن الذراع

وفي بيع الأصل يثبت بأنه حكم العقد بالفصل وهو مقيد بالذرع فصار تبعا للحكم الأصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لأنه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

فصل

ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمه لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولأنه متصل بها اتصال قرار فيكون تبعا له ومن باع أرضا دخل فيها من النخل والشجر وإن لم يسمه لأنه متصل بها للقرار فأشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذي فيها ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثمرة فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع ولأن الاتصال وإن كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا إذا كان فيها زرع لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما إذا كان فيه متاع وقال الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لأن الواجب إنما هو التسليم المعتاد وفي العادة أن لا يقطع كذلك وصار كما إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع قلنا هناك التسليم واجب أيضا حتى يترك بأجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما إذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر وأما إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لأنه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه وكأن هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن يناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لأنهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو قال من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا وإن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها دخلا فيه أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود لا يدخل إلا بالتصريح لأنه بمنزلة المتاع قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها أو قد بدا جاز البيع لأنه مال متقوم إما لكونه منتفعا به في الحال

او في الثاني بعد وجود قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع وهذا اذا
اشتراها مطلقا او بشرط القطع وان شرط تركها على النخيل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك
الغير او هو صفقة في صفقة وهو اعارة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى
عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف لما قلنا واستحسنه محمد رح للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها
لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى من الارض او الشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع
طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى
عظمها لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استاجر
النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف
ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة
للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم
المبيع لتعذر التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره
لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة على ملكه قال ولا يجوز ان
يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك رح لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا
باع واستثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قال رض قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي
اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من
العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل والاطراف في الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا
استثناؤه ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلى في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الباقلى
الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبلة قولان وعنده لا يجوز ذلك كله له ان
المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عليه السلام

7

انه نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله
كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو
باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لانه لا يدرى قدر ما في
السنابل ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح
يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه **قال** واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع اما
الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة الوزان والذراع والعداد واما النقد فالمذكور
رواية ابن رستم عن محمد لان النقد يكون بعد التسليم الا ترى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه
ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد
المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه **قال** واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا
انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم **قال** ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا
لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا
للمساواة **قال** ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعين فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع

باب خيار الشرط

قال خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلثة ايام فما دونها والاصل فيه ما روي ان حبان بن
منقذ بن عمرو الانصاري كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام
ولا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفة وهو قول زفر والشافعي وقال ابو يوسف ومحمد يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث
ابن عمر انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة
الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة ان شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه
بخلاف القياس بما روينا من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة الا انه اذا اجاز في الثلث

جاز عند أبي حنيفة خلافاً لزفر هو يقول إنه انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً وله أنه أسقط المفسد قبل تقرره

فيعود جائزاً كما إذا باع بالرقم وأعلمه في المجلس ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع فإذا أجاز قبل ذلك لم يتصل

المفسد بالعقد ولهذا قيل إن العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسداً ثم يرتفع الفساد

بحذف الشرط وهذا على الوجه الأول ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز

وإلى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر فإن نقد في

الثلث جاز في قولهم جميعاً والأصل فيه أن هذا في معنى اشتراط الخيار إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند

عدم النقد تحرزاً عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقاً به وقد مر أبو حنيفة على أصله في الملحق به ونفى الزيادة

على الثلث وكذا محمد في تجويز الزيادة وأبو يوسف أخذ في الأصل بالأثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس

آخر وإليه مال زفر وهو أنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد

فاشتراط الفاسد أولى ووجه الاستحسان ما بينا قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لأن تمام هذا السبب

بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا لو أعتقه ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع فلو

قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لأن البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفاً و

لا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضاً في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء

على المشتري اعتباراً بالبيع المطلق قال وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لأن البيع في جانب

الآخر لازم وهذا لأن الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لأنه شرع نظراً له دون الآخر قال

إلا أن المشتري لا يملكه عند أبي حنيفة وقالا يملكه لأنه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون

زائلاً لا إلى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولأبي حنيفة أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بأنه يدخل

المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لأن المعاوضة تقتضي

المساواة ولأن الخيار شرع نظراً للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير

الخيار بان كان قريبه فيفوت النظر قال فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف
ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك
والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك
والعقد موقوف قال ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها لما له من
الخيار وان وطئها له ان يردها لان الوطء بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطء ينقصها وهذا عند ابي حنيفة
وقالا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطئها لم يردها لان وطئها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه
المسألة اخوات كلها تبتنى على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري
اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال
ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة في المدة
لا يجتزأ به عن الاستبراء عنده وعندهما يجتزأ ومنها لو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء
عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد
له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده
في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري
لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا مأذونا له فابرأه البائع عن الثمن في المدة
بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والمأذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان
الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم
بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها
باسقاط الخيار وهو مسلم قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في مدة الخيار وله ان يجيز فان اجاز
بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون الآخر حاضرا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف

يجوز وهو قول الشافعي رح والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه

فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو

العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة

بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع او لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر

فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك

وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ

لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ قال واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل

الى ورثته وقال الشافعي رح يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين

ولنا ان الخيار ليس الا مشية وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان

المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فاما نفس الخيار لا يورث واما خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط

ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار قال ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض

واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لان الخيار من مواجب

العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت

الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك

يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض ولو اجاز احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في

زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في اخرى وجه

الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني ان الفسخ اقوى لان المجاز يلحقه

الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول

قول محمد رح والثاني قول ابي يوسف رح واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا

محمد يعتبر فيه تصرف الوكيل وابو يوسف يعتبرهما قال ومن باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار
في احدهما ثلثة ايام فالبيع فاسد وان باع كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز
البيع والمسئلة على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب
وفساده لجهالة الثمن والمبيع لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق
الحكم فبقي الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو
المذكور ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان
شرطا للانعقاد في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث
ان يفصل ولا يعين والرابع ان يعين ولا يفصل فالعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة المبيع او لجهالة الثمن قال ومن

اشترى ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلثة ايام فهو جائز وكذلك الثلثة فان كانت
اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي
وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا
النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه
الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلث لوجود الجيد والوسط والردي فيها
والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلث لتعيين من له الخيار وكذا في الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة
والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما ثم قيل يشترط
ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط
وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا اشتراطا واذا لم يذكر خيار الشرط
لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عنده وبمدة معلومة ايتها كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين
وفي بعضها اشترى احد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة احدهما والآخر امانة والاول تجوز واستعماله

ولو هلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه ان يرد احدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت في حق الوارث فاما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل قال ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار اخرى الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة يدل على اختيار الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة خاصة قال واذا اشترى الرجلان غلاما على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للآخر ان يرده عند ابي حنيفة وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضاء برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد قال ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

باب خيار الرؤية

ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده وقال الشافعي لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه

ولأن الجهالة بعد الرؤية لا تفضي إلى المنازعة لانه لو لم توافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين
المشار اليه وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها
وحق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضاء بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق
فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت قال ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة
يقول اولاً له الخيار اعتباراً بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضاء زوالاً وثبوتاً
ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضياً بالزوال وجه القول المرجوع
اليه انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروي ان عثمان بن عفان رضي الله عنه باع ارضاً بالبصرة من
طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان انك قد
غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك
بمحضر من الصحابة ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من

١٤

تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفاً لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفاً يوجب حقاً
للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار
وان كان تصرفاً لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية
لانه لا يربو على صريح الرضاء ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضاء قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى
ظاهر الثوب مطوياً او الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع
غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع اشياء فان كان
لا يتفاوت آحاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي
اردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان يتفاوت آحاده كالثياب والدواب لا بد من رؤية
كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير

لكونها متفاوتة أو إذا ثبت هذا فنقول النظر إلى وجه الصبرة كاف لأنه يعرف وصف البقية لأنه مكيل
يعرض بالنموذج وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصودًا كموضع
العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره
وشرط بعضهم رؤية القوائم والأول هو المروي عن أبي يوسف وفي شاة اللحم لا بد من الجس لأن المقصود
هو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لأن ذلك هو
المعرف للمقصود **قال** وإن رأى صحن الدار فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها وكذلك إذا رأى خارج
الدار أو رأى أشجار البستان من خارج وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت والأصح أن جواب الكتاب على وفاق
عادتهم في الأبنية فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فأما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت
والنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل **قال** ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده إلا من عيب ولا يكون
نظر الرسول كنظر المشتري وهذا عند أبي حنيفة وقالا هما سواء وله أن يرده **قال** معناه الوكيل بالقبض
فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع لهما أنه توكل بالقبض دون إسقاط الخيار
فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والإسقاط قصدًا وله أن القبض نوعان
تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه مستورًا وهذا لأن تمامه بتمام الصفقة ولا
تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا
الوكيل لإطلاق التوكيل وإذا قبضه مستورًا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك إسقاطه قصدًا بعد ذلك
بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك
التام منه فإنه لا يسقط بقبضه لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله بخلاف الرسول
لأنه لا يملك شيئًا وإنما إليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم إذا كان رسولًا في البيع **قال** وبيع الأعمى وشراؤه جائز
وله الخيار إذا اشترى ثم يسقط خياره بجسه المبيع إذا كان يعرف بالجس

بشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف
له لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه وقال
قد رضيت سقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام
مقام القراءة في حق الاخرس في الصلوة واجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال
الحسن يوكل وكيلا يقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة لان رؤية الوكيل كرؤية الموكل على
ما مر آنفا قال ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له ان يردهما لان رؤية احدهما لا تكون رؤية
الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل
التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء
ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا
وقد ذكرناه في خيار الشرط قال ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له
لان العلم باوصافه حاصل بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضاء
به وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكأنه لم يره وان اختلفا في
التغير فالقول قول البائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان
الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول
قوله قال ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب
وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية
والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله
وفيه وضع المسألة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي
وعن ابي يوسف انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رحمه الله

باب خيار العيب

واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق
العقد يقتضي وصف السلامة فعند فوته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له ان يمسكه
ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه
باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد به عيب كان
عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضا به قال وكل ما اوجب نقصان الثمن
في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله

والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد
البلوغ ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله ان يرده لانه عين ذلك وان حدثت
بعد بلوغه لم يرده لانه غير ذلك وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في
الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة
لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فاما الذي لا يعقل فهو ضال لا
آبق فلا يتحقق عيبا قال والجنون في الصغر عيب ابدا ومعناه اذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد
المشتري فيه او في الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه
انه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قلما يزول فلا بد من المعاودة
للرد قال والبخر والدفر عيب في الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام
لان المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون من داء لان الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية
دون الغلام لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام
وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة قال والكفر عيب

فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمتنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على
انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب وعند الشافعي يرده لان الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم
فشابه شرط الثيابة قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء
ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند ابي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه
نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح قال واذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع
بالنقصان ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد من
دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان ياخذه بعيبه لانه رضي بالضرر قال ومن
اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث فان قال البائع انا اقبله
كذلك كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به فان باعه المشتري لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع
برضاء البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه او صبغه
احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه
الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة
فامتنع اصلا وليس للبائع ان ياخذه لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه فان باعه المشتري بعدما
رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا قلنا
ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد
كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم اليه قال ومن اشترى
عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع
حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان
يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى

الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رح انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض

فان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة رح اما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان هنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا واما الاكل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا الا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع فان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة رح لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعنهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض

قال ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب وان كان ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي رح يرده لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد

قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي

بإقرار أو ببينة أو بإباء يمين له أن يرده على بائعه لأنه فسخ من الأصل فجعل البيع كأن لم يكن غاية الأمر أنه أنكر قيام
العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة وهذا
بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لأن البيع هناك واحد والموجود
هٰهنا بيعان فيفسخ الثاني لا ينفسخ الأول وإن قبل بغير قضاء القاضي ليس له أن يرده لأنه بيع جديد في حق
ثالث وإن كان فسخا في حقهما والأول ثالثهما وفي الجامع الصغير وإن رد عليه بإقراره بغير قضاء
بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخاصم الذي باعه وبهذا يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله وفيما
لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع أن فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند

البائع الأول **قال** ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو
يقيم المشتري البينة لأنه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن
أولا ليتعين حقه بإزاء تعين المبيع ولأنه لو قضي بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا
يقضي به صونا لقضائه فإن قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع الثمن يعني إذا حلف
ولا ينتظر حضور الشهود لأن في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لأنه على حجته

أما إذا نكل ألزم العيب لأنه حجة فيه **قال** ومن اشترى عبدا فادعى إباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري
البينة أنه أبق عنده والمراد التحليف على أنه لم يأبق عنده لأن القول وإن كان قوله ولكن إنكاره إنما
يعتبر بعد قيام العيب في يد المشتري ومعرفته بالحجة فإذا أقامها حلف بالله تعالى لقد باعه
وسلمه إليه وما أبق عنده قط كذا قال في الكتاب وإن شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه
الذي يدعي أو بالله ما أبق عندك قط أما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه
وسلمه وما به هذا العيب لأن فيه ترك النظر للمشتري لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو
موجب للرد والأول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في اليمين عند قيامه وقت

التسليم دون البيع ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع بالله

ما يعلم انه ابق عنده يحلف على قولهما واختلف المشائخ على قول ابي حنيفة لهما ان الدعوى معتبرة حتى

يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة

وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين عنده يحلف ثانيا للرد

على الوجه الذي قدمناه قال رضي الله عنه اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ

مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها

عيبا فقال البائع بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري

لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب وكذا اذا اتفقا على مقدار

المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا قال ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض احدهما ووجد بالآخر

عيبا فانه ياخذهما او يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه

وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا

اختلفوا فيه ويروى عن ابي يوسف انه يرده خاصة والاصح انه ياخذهما او يردهما لان تمام

الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن

لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر هو يقول

فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الرديء فاشبه ما قبل القبض

وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب

وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الآخر قال ومن اشترى

شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله ومراده بعد القبض لان المكيل اذا كان

من جنس واحد فهو كشيء واحد الا يرى انه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء

واحد ان كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر

ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة

لان تمامها برضاء العاقد لا برضاء المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما لو كان ذلك قبل القبض له ان يرد

ما بقي لتفرق الصفقة قبل التمام قال وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع

حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون قال ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة

فركبها في حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار هنالك

للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا وان ركبها ليردها على بائعها او ليسقيها او ليشتري

لها علفا فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا

كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف في عدل واحد اما اذا كان يجد بدا منه

لانعدام ما ذكرناه يكون رضا قال ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان

يرده وياخذ الثمن عند ابي حنيفة وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا

الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده

وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فنفذ العقد

فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة

فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي

الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد

بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسألة ممنوع ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما

عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضاء البائع للعيب الحادث ويرجع

بثلاثة ارباع الثمن ان قبله البائع وبثلاثة الارباع لان اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين

وفي احديهما الرجوع فيتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم
على بعض كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة
العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد
على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قال ومن باع عبدا وشرط البراءة
من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعددها وقال الشافعي لا يصح البراءة بناء
على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد
وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك
لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث
قبل القبض في قول ابي يوسف وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر لان البراءة تتناول الثابت
ولابي يوسف ان الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

باب البيع الفاسد

واذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير وكذا اذا كان
غير مملوك كالحر قال العبد الضعيف هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة
والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد والبيع
بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف
ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون امانة عند بعض المشائخ لان العقد غير معتبر فبقي القبض باذن المالك
وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل
الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك
عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد

هذا ان شاء الله تعالى وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير ان كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك عين الخمر ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير مال عند اهل الذمة الا انه غير متقوم لما ان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا اعزاز له وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر فسقط التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز الثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة قال وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه السلام اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان اهلية الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فان رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي وقد ذكرناه في العتاق قال وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان المدبر وام الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا

قال ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد لانه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد لانه غير

مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه ثم القاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت
فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك قال ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ
وكذا لو ارسله من يده لانه غير مقدور التسليم قال ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي عليه السلام عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان
فيه غررا قال ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره
قال ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف
القوائم لانها تزيد من اعلى وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في
موضع القطع وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة
على ابي يوسف في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه قال وجذع في السقف وذراع من ثوب
ذكر القطع او لم يذكره لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر
في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع وقلع الجذع قبل ان
يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البذر في البطيخ حيث لا يكون
صحيحا وان شقهما واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اما الجذع فعين موجود قال وضربة القانص وهو
ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غررا قال وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على
النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لانه عليه السلام نهى عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة
في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما اذا كانا موضوعين
على الارض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة اوسق لانه عليه السلام نهى عن المزابنة ورخص
في العرايا وهو ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية العطية لغة وتأويله ان يبيع المعرى
له ما على النخيل من المعري بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لانه لم يملكه فيكون برا مبتدأ قال ولا يجوز البيع
بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو ان يتراوض الرجلان على سلعة

أعيناً أو متاعاً إذا لمسها المشتري أو نبذها إليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالأول بيع الملامسة

والثاني بيع المنابذة والثالث إلقاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولأن فيه تعليقاً بالخطر

قال ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على أنه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحساناً وقد

ذكرناه بفروعه قال ولا يجوز بيع المراعي ولا إجارتها والمراد الكلأ أما البيع فلأنه ورد على ما لا يملكه لاشتراك

الناس فيه بالحديث وأما الإجارة فلأنها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين

مملوك بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى قال ولا يجوز بيع النحل وهذا عند أبي حنيفة

وأبي يوسف وقال محمد يجوز إذا كان محرزاً وهو قول الشافعي لأنه حيوان منتفع به حقيقة وشرعاً

فيجوز بيعه وإن كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما أنه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج

منه لا بعينه فلا يكون منتفعاً به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعاً له كذا ذكره

الكرخي ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة لأنه من الهوام وعند أبي يوسف يجوز إذا ظهر فيه القز تبعاً له وعند محمد يجوز كيف ما

كان لكونه منتفعاً به ولا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة كما في دود القز

والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي عليه السلام عنه

ولأنه لا يقدر على تسليمه إلا أن يبيعه من رجل زعم أنه عنده لأن المنهي بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقاً في حق

المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولأنه إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضاً بمجرد العقد

إذا كان في يده وكان أشهد عند الأخذ لأنه أمانة عنده وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد

يجب أن يصير قابضاً لأنه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعنيه فباعه لا يجوز لأنه آبق في حق

المتعاقدين ولأنه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الإباق لا يتم ذلك العقد لأنه وقع باطلاً

لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن أبي حنيفة أنه يتم العقد إذا لم يفسخ لأن العقد انعقد لقيام المالية و

المانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما إذا أبق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد قال ولا بيع لبن امرأة في

قدح وقال الشافعي يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال
بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد
العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل يتحقق
فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حيوة في اللبن قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة
له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى
البيع ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف وعند محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل
طهارته ولابي يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها
ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع به لان الآدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه
مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر
فيزيد في قرون النساء وذوائبهن قال ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع به قال عليه السلام
لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلوة ولا بأس ببيعها والانتفاع
بها بعد الدباغ لانها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها
وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحيوة وقد قررناه من قبل و
الفيل كالخنزير نجس العين عند محمد وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال واذا كان
السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس
بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق
الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من
الثمن على ما نذكره في كتاب الشرب قال وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسألة
تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين

المسألتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما واما المسيل فمجهول لانه لا يدرى قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على احداهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق واما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع اما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان قال ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتنى على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي مسألتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما قال ومن اشترى جارية بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل ان ينقد الثمن لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة بئسما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه

٢٩

فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه باعتبار شبهة الربوا او لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة قال واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او بشرائها ففعل ذلك جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال الملك الى الآمر امر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا يخللها وان كان خنزيرا يسيبه قال ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربوا او لانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده الا ان يكون متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول

الشرط لا يقتضيها العقد لأن قضيته الإطلاق في التصرف والتخيير لا الإلزام حتماً والشرط يقتضي
ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي رحمه الله وإن كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه
ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة أن يباع ممن يعلم أنه يعتقه لا أن يشترط فيه فلو أعتقه المشتري بعد ما
اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يبقى فاسداً حتى يجب عليه
القيمة لأن البيع قد وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً كما إذا تلف بوجه آخر ولأبي حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من
حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لأنه منه للملك والشيء بانتهائه
يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فإذا تلف من وجه آخر لم تتحقق الملاءمة فيتقرر
الفساد وإذا وجد العتق تحققت الملاءمة فيترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفاً قال وكذلك
لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً أو داراً على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهماً أو على أن
يهدي له هدية لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه عليه السلام نهى عن بيع
وسلف ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما
يكون إعارة في بيع وقد نهى النبي عليه السلام عن صفقتين في صفقة قال ومن باع عيناً على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر
فالبيع فاسد لأن الأجل في المبيع العين باطل فيكون شرطاً فاسداً وهذا لأن الأجل شرع ترفيهاً فيليق
بالديون دون الأعيان قال ومن اشترى جارية إلا حملها فالبيع فاسد والأصل أن ما لا يصح إفراده
بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لأنه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة
وبيع الأصل يتناولهما فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطاً فاسداً والبيع يبطل به
والكتابة والإجارة والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في
صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء
لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء

حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما

اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها قال ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء

فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة على

ما مر قال ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او يشركه فالبيع فاسد قال ما ذكره جواب القياس ووجهه

ما بينا وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع قال و

البيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة

الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما

او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة فيه

قال ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتاخر

ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة

لاختلاف الصحابة فيها ولانه معلوم الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب

على فلان ففي الوصف اولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا

ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تاجيل في الدين وهذه الجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة

ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط

الاجل قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا وقال زفر لا يجوز لانه

وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع

قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين

ثم اسقط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهو عقد غير

عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه

قال ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد والشاة الذكية وان جمع بين عبد ومدبر او بين
عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا الثلثة وقال زفر فسد فيهما
ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية البيع
منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية
واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول ولابي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين
ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا
للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة واما البيع في هؤلاء موقوف
وقد دخلت تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته وفي المكاتب برضاه في الاصح وفي المدبر
بقضاء القاضي وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء
باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما
قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط
بيان ثمن كل واحد فيه

فصل في احكامه

واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر
البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي لا يملكه وان قبضه
لانه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده قبل القبض
وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله
فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي
يقرر المشروعية عنده لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه ينال نعمة الملك وانما المحظور ما
يجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور

إذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى ولأن السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبح فيشترط اعتضاده بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشيء آخر وهو أن في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط أن يكون القبض بإذن البائع وهو الظاهر إلا أنه يكتفي به دلالة كما إذا قبضه في مجلس العقد استحسانا وهو الصحيح لأن البيع تسليط منه على القبض فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فأما في ذوات الأمثال يلزمه المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لأن المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى قال ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لأنه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض إذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وإن كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد إلا أنه لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط قال فإن باعه المشتري نفذ بيعه لأنه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الأول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولأن الأول مشروع بأصله دون وصفه والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولأنه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لأن كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع قال ومن اشترى عبدا بخمر أو خنزير فقبضه وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالإعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لأنهما لازمان إلا أنه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن

لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا قال وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا قال ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقالا ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف حق البائع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل هبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب في حفظه الرواية عن ابي حنيفة وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف قال ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك عند ابي حنيفة ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها قال وكذا اذا ادعى على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن

عليه شيء فقد ربح في دراهم يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين

فصل فيما يكره

قال ونهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره وقال عليه السلام لا تناجشوا قال وعن السوم على سوم غيره قال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة اما اذا لم يركن احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد ولا باس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا قال وعن تلقي الجلب وهذا اذا كان يضر باهل البلد فان كان لا يضر فلا باس به الا اذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر قال وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلد في قحط وعوز وهو ان يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك فلا باس به لانعدام الضرر قال والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة قال كل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة قال ولا باس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح ان النبي عليه السلام باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه

نوع منه

قال ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة ووهب النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعلي رضي الله عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك ويروى اردد اردد ولان الصغير يستانس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع احدهما قطع الاستيناس

والمنع من التعاهد وفيه ترك الرحمة على الصغار وقد اوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به قال فان فرق كره له ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف انه لا يجوز في قرابة الولادة ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح انه عليه السلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين

باب الاقالة

الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما فان شرط اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما الا ان لا يمكن جعله فسخا فتبطل وهذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فيبطل وعند محمد هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فيبطل لمحمد ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال اقلني عثرتي فيوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع الا ترى انه بيع في حق الثالث ولابي يوسف انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه احكام البيع ولابي حنيفة ان اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه

٣٧

في حق الشخص الثالث لأنه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة إذ لا ولاية لهما على غيرهما إذا ثبت هذا نقول إذا شرط الأكثر فالإقالة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة إذ رفع ما لم يكن ثابتاً محال فيبطل الشرط لأن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لأن الزيادة يمكن إثباتها في العقد فيتحقق الربوا ولا يمكن إثباتها في الرفع وكذا إذا شرط الأقل لما بيناه إلا أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الإقالة بالأقل لأن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعاً لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله جعله بيعاً ممكن فإذا زاد كان قاصداً بهذا البيع وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف رحمه الله لأنه هو الأصل عنده وعند محمد رحمه الله هو فسخ بالثمن الأول لأنه سكوت عن بعض الثمن الأول ولو سكت عن الكل وأقال يكون فسخاً فهذا أولى بخلاف ما إذا زاد وإذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بيناه ولو أقال بغير جنس الثمن الأول فهو فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغواً وعندهما بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولداً ثم تقايلا فالإقالة باطلة عنده لأن الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعاً والإقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله وكذا عند أبي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعاً عنده لإمكان البيع فإن بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة وهلاك المبيع يمنع منها لأن رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن فإن هلك بعض المبيع جازت الإقالة في الباقي لقيام البيع فيه وإن تقايضا تجوز الإقالة بعد هلاك أحدهما ولا تبطل بهلاك أحدهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان المبيع باقياً والله أعلم بالصواب

باب المرابحة والتولية

المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة إلى هذا النوع

من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل
ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة
وعن شبهتها وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له
النبي صلى الله عليه السلام ولني احدهما فقال هو لك بغير شيء فقال عليه السلام اما بغير ثمن فلا

قال ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه
ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح
درهم او بشيء من المكيل موصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم وان باعه بربح ده يازده لا يجوز
لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال ويجوز ان يضيف الى رأس المال
اجرة القصار والطراز والصبغ والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس
المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفة
لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان ويقول قام
علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي
وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف اجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه و
هو حذاقته فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة رحمه الله ان شاء اخذه
بجميع الثمن وان شاء ترك وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف يحط
فيهما وقال محمد يخير فيهما لمحمد ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج
وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ولابي يوسف ان الاصل
فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على
الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط في التولية

قدر الخيانة من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولأبي حنيفة رحمه الله انه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخيير فلو هلك قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شئ من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه

قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة رحمه الله ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكد حصل بغيره

قال واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول

قال واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر

فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا
لزفر رح مع انه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة
ففيه شبهة العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف
الربح **قال** ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لانه لم يحتبس عنده
شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن
وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطي وعن ابي يوسف رح في الفصل الاول
انه لا يبيعه من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رح واما اذا فقأ عينها بنفسه او فقأها
اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا
اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ولو اشترى ثوبا فاصابه
قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى
ما بيناه **قال** ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء
رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع الا يرى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة
بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب السلامة
عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب وان استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله
شيء من الثمن **قال** فان كان ولاه اياه ولم يبين رده ان شاء لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء
على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة لما ذكرناه وعن ابي يوسف رح انه يرد
القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسياتيك
من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن
الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه

ولا يبينه لأن الثمن مجهول قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد

لجهالة الثمن فإن أعلمه البائع يعني في المجلس فهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه لأن الفساد لم يتقرر فإذا حصل العلم في المجلس

جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الإصلاح ونظيره

بيع الشيء برقمه وإنما يتخير لأن الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية

فصل

ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لأنه نهى عن بيع ما لم يقبض ولأن فيه غرر انفساخ

العقد على اعتبار الهلاك ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز

رجوعا إلى إطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالإجارة ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله ولا غرر

فيه لأن الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا

بدلائل الجواز والإجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه في الإجارة المنافع وهلاكها غير نادر قال ومن

اشترى مكيلا مكايلة أو موزونا موازنة فاكتاله أو اتزنه ثم باعه مكايلة أو موازنة لم يجز للمشتري منه

أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن لأن النبي عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري

فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام

فيجب التحرز عنه بخلاف ما إذا باعه مجازفة لأن الزيادة له وبخلاف ما إذا باع الثوب مذارعة لأن الزيادة له

إذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وإن كان بحضرة المشتري لأنه ليس

صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لأن الكيل من باب التسليم لأن به

يصير المبيع معلوما ولا تسليم إلا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر

الحديث فإنه اعتبر صاعين والصحيح أنه يكتفى به لأن المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث

اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم إن شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما

يروى عنهما لأنه ليس بمال الربا وكالموزون فيما يروى عن أبي حنيفة لأنه لا تحل له الزيادة

على الشفعة وهما قال والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك
لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع قال ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع ان يزيد للمشتري
في المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند
زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه
يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد وكذلك الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن
اخراجه فصار برا مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو
كونه رابحا او خاسرا او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا اسقطا الخيار او
شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق باصل العقد لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه
تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر
حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة
حتى ياخذ بما بقي في الحط وانما كان للشفيع ان ياخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا
يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه
والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا قال ومن
باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا لان الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا ترى
انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز و
ان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز لانه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قال وكل دين حال اذا اجله
صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة
ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه
كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا

وهذا بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلانا إلى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه أن لا يطالبوا قبل المدة لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصي

باب الربوا

قال الربوا محرم في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلا فالعلة عندنا الكيل مع الجنس والوزن مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل والأصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الأشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الأول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول بإجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الأثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والأصل هو الحرمة عنده لأنه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب إظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الإنسان به والثمنية لبقاء الأموال التي هي مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا أنه أوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع إذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل أو صيانة لأموال الناس عن التوى أو تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لأن الربوا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوتا عرفا أو لأن في اعتباره سد باب البياعات أو لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية من أعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الإطلاق بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره إذا ثبت هذا نقول إذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار ألا ترى إلى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن

وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف ويجوز

بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا

بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي العلة هي الطعم ولا مخلص هو المساواة فيحرم وما دون نصف

الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه

متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال واذا عدم الوصفان

الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم

التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم

هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما وقال الشافعي

الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع

فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربوا من وجه نظرا الى القدر او الجنس و

النقدية اوجبت فضلا في المالية فتتحقق شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود في

الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو

مثمن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها

صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما

القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة قال وكل شيء نص رسول الله

عليه السلام على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير

والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا وان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب

والفضة لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها

دالة وعن ابي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت

هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب بجنسه متماثلا كيلا

لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في

الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي

لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال

لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال وعقد الصرف ما وقع على

جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه

يدا بيد وسنبين الفقه في الصرف ان شاء الله قال وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض

خلافا للشافعي في بيع الطعام بالطعام له قوله عليه السلام في الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في

المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فتتحقق شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض

كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان

القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين كذا رواه عبادة بن الصامت

وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين

والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعي يخالفنا فيه لوجود الطعم

على ما مر قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لان

الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير

اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما

فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد في

حقه اذ في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما

اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالئ بكالئ وقد نهي عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده

لتحرم النساء **قال** ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما من
اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل
حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا لتحقق الشرط وبيع
الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق
بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف
المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما ولا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير
المقلية والعلكة بالمسوسة **قال** ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اذا
باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط
اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم فصار كالخل بالسمسم ولهما
انه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة
ويثقل اخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن
الثجير **قال** ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين
سئل عنه او ينقص اذا جف فقيل نعم فقال لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عليه السلام حين اهدي اليه
رطبا اوكل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير
تمر فبآخره وهو قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما روياه على زيد بن عياش
وهو ضعيف عند النقلة **قال** وكذلك العنب بالزبيب يعني على هذا الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز
بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر
وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة او التمر او الزبيب المنقع بالمنقع منهما متماثلا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال

وهو المآل وابو حنيفة رحمه الله يعتبر في الحال وكذا ابو يوسف رحمه الله عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل في
بيع الرطب بالتمر لما رويناه لهما ووجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت
فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك
فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في
المعقود عليه ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز
بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول ما تنعقد صورته لا قبله
والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة **قال** ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم
بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير
لان عند ذلك يعرى عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا له
فالثجير وبعض الدهن او الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة
فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا
في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان بالاجماع **قال** ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض
متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم فاما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع
الضأن وكذا العراب مع البخاتي **قال** وكذلك البان البقر والغنم وعن الشافعي رحمه الله لا يجوز لانها جنس واحد
لاتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما بالآخر في الزكوة فكذا اجزاؤها اذا
لم تتبدل بالصنعة **قال** وكذا خل الدقل بخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا بين ماءيهما ولهذا
كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد **قال** وكذا شحم البطن
بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا **قال** ويجوز
بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه

والحنطة مكيلة، وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا خير فيه، والفتوى على الاول، هذا اذا كانا نقدين، فان كانت الحنطة نسيئة جاز ايضا، وان كان الخبز نسيئة يجوز عند ابي يوسف وعليه الفتوى، وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح، ولا خير في استقراضه عددا او وزنا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر، وعند محمد يجوز بهما للتعامل، وعند ابي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده. **قال**

ولا ربوا بين المولى وعبده لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربوا، وهذا اذا كان مأذونا له ولم يكن عليه دين، اما اذا كان عليه دين لا يجوز بالاتفاق لان ما في يده ليس ملكا للمولى عند ابي حنيفة رحمه الله، وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه. **قال**

ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله اعتبارا بالمستأمن منهم في دارنا، ولنا قوله عليه السلام لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب، ولان مالهم مباح في دارهم فباي طريق اخذه المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر، بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان

باب الحقوق

ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه، ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق هو له لم يكن له الاعلى، ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف، جمع بين المنزل والبيت والدار، فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما اديرَ عليه الحدود، والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه، والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله، والشيء لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه، والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب، فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع، ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه، وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو، وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه، ولا يدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند

ابي حنيفة رحمه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف قال ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع ولا يتحقق الا به اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها وولدها وان اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له اما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رحمه الله لا تدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد له فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البائع لا يدرى اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال العبد ارتهني فاني عبد وهي المسألة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره اني عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه

فان الاصل هو الحرية في بني آدم

على البائع دفعاً للغرر والضرر ولا كذلك الاجنبي لانه لا يعرف مكانه ولو البيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل

الامر به ضماناً للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين

حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضماناً للسلامة

وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا

فاني قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال

على قول ابي حنيفة رح لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل

ان كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام فصار بمنزلة شرط

لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به

فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة

قال ومن ادعى حقاً في دار معناه حقاً مجهولاً فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعاً

منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم

فاستحق منها شيء رجع بحسابه لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل

ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة

فصل في بيع الفضولي

قال ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء

فسخ وقال الشافعي رح لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد

فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب

القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن

وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فثبتت القدرة الشرعية تحصيلاً

لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن في التصرف النافع قال وله

الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه
وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل
لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن
نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا انما
تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن
مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه و
الشراء لا يتوقف على الاجازة ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف على
اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حيوته ولا يعلم حال المبيع جاز
البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى
يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك **قال** ومن غصب
عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والموقوف لا يفيد
الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما
روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع
ذلك وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا
ادى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك
ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق
مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي
مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه

٥١

لان الغصب غير موضوع لافادة الملك بخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق و قران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وبخلاف المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال وهو الاصح قال فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز البيع فالارش للمشتري لان الملك تم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه او فيه شبهة عدم الملك قال فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فيتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه قال ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشتري البينة على اقرار البائع او رب العبد انه لم يأمره بالبيع واراد رد البيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري قال رح وذكر في الزيادات ان

المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسألة
في يد المشتري وفي تلك المسألة في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالمة
للمشتري قال ومن باع دار الرجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف
آخرا وكان يقول اولا يضمن البائع وهو قول محمد وهي مسئلة غصب العقار وسنبينه في الغصب ان شاء الله تعالى والله اعلم بالصواب

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان الله تعالى احل
السلف المضمون وانزل فيها اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم
بدين الى اجل مسمى فاكتبوه الآية وبالسنة وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس
عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس انه بيع
المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام
من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير
الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم
قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان و
العبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك
قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها
لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان
العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير و
الكبير سواء باصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لا تتفاوت آحاده
تفاوتا فاحشا وبتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة انه لا يجوز

في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عدداً يجوز كيلاً وقال زفر
لا يجوز كيلاً لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عدداً ايضاً للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة
بالكيل وانما صار معدوداً بالاصطلاح فيصير مكيلاً باصطلاحهما وكذا في الفلوس عدداً وقيل هذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يجوز لانها اثمان ولهما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل
باصطلاحهما ولا تعود وزنياً وقد ذكرناه من قبل ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي يجوز لانه
يصير معلوماً ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب
ولنا انه بعد ذكر ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة
بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد صح ان النبي عليه السلام
نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير **قال** ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع
للتفاوت فيها اذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها **قال** ولا في الجلود عدداً ولا في الحطب حزماً ولا في الرطبة
جرزاً للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين له طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز
اذا كان على وجه لا يتفاوت **قال** ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد الى حين
المحل حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل او على العكس او منقطعاً فيما بين ذلك
لا يجوز وقال الشافعي يجوز اذا كان موجوداً وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا
قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد
من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء
فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطاري على شرف الزوال فصار كاباق المبيع
قبل القبض **قال** ويجوز السلم في السمك المالح وزناً معلوماً وضرباً معلوماً لانه معلوم القدر مضبوط الوصف
مقدور التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عدداً للتفاوت **قال** ولا خير في السلم في السمك الطري

الا في حينه وزناً معلوماً وضرباً معلوماً لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقاً
وانما يجوز وزناً لا عدداً لما ذكرنا وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تنقطع اعتباراً
بالسلم في اللحم عنده قال ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رح وقالا اذا وصف من اللحم موضعاً معلوماً
بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزناً ويجري
فيه ربوا الفضل بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم
وكثرته او في سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع
العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم
فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته اما الوصف فلا يكتفى
به قال ولا يجوز السلم الا مؤجلاً وقال الشافعي رح يجوز حالاً لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا
قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما روينا ولانه شرع رخصة دفعاً لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل
ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادراً على التسليم لوجد المرخص فبقي على النافي قال ولا يجوز
الا باجل معلوم لما روينا ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع والاجل ادناه شهر وقيل
ثلاثة ايام وقيل اكثر من نصف اليوم والاول اصح ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه
معناه اذا لم يعرف مقداره لانه يتاخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد ان
يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلاً فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب
لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روي عن ابي يوسف قال ولا في طعام قرية بعينها او
ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم واليه اشار عليه السلام حيث قال
ارأيت لو اذهب الله تعالى الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا باس
به على ما قالوا كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة قال ولا يصح السلم عند ابي حنيفة رح

بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية او بخسية وصفة معلومة

كقولنا جيد او ردي ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف او كذا وزنا واجل معلوم والاصل

فيه ما رويناه والفقه فيه ما بيناه ومعرفة مقدار راس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل

والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى تسمية

راس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان ولهما

في الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب وله انه ربما يوجد بعضها زيوفا

ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج

الى رد راس المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان راس المال ثوبا لان

الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين راس مال

كل واحد منهما او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما ولهما في الثانية ان مكان العقد

يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير اول اوقات

الامكان في الاوامر وصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين

بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف

باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال من المشائخ ان

الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعيين المكان قضية العقد

عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما

شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس

الائمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء قال وما لم يكن له حمل ومؤنة

لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع لانه لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه

قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات انه يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عينا مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا

قال ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل ان يفارقه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي عليه السلام عن الكالي بالكالي وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل بآجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر وقد مر نظيره وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايفاء

والقدرة على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع الا يرى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا

قال ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا يجوز الشركة والتولية في المسلم فيه لانه تصرف فيه فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك اي عند الفسخ ولانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه

لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا لا رد مثله لأنه يجب قبضه في المجلس لا أن ليس في حكم الابتداء من
كل وجه فيما خلا ارتفاع والحجة عليه ما ذكرناه قال ومن أسلم في كر حنطة فلما حل الأجل اشترى
المسلم إليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وإن أمره أن يقبضه له ثم يقبضه
فكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز لأنه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي
عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وإن كان سابقا
لكن قبض المسلم فيه لاحق وأنه بمنزلة ابتداء البيع لأن العين غير الدين حقيقة وإن جعل عينه في
حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وإن لم يكن سلما وكان قرضا فأمره
بقبض الكر جاز لأن القرض إعارة ولهذا ينعقد بلفظ الإعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما
فلا تجتمع الصفقتان قال ومن أسلم في كر فأمر رب السلم أن يكيله المسلم إليه في غرائر رب السلم
ففعل وهو غائب لم يكن قضاء لأن الأمر بالكيل لم يصح لأنه لم يصادف ملك الآمر لأن حقه في الدين
دون العين فصار المسلم إليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه
دراهم دين فدفع إليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسألة بحالها
صار قابضا لأن الأمر قد صح حيث صادف ملكه لأنه ملك العين بالبيع ألا ترى أنه لو أمره بالطحن
كان الطحين في السلم للمسلم إليه وفي الشراء للمشتري لصحة الأمر وكذا إذا أمره أن يصبه في البحر في
السلم يهلك من مال المسلم إليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا
يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لأنه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو
أمره في الشراء أن يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لأنه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير
الغرائر في يده فكذا ما يقع فيها وصار كما لو أمره أن يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لأن البيت
بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري إن بدأ بالعين

صار قابضا اما العين فلصحة الامر فيه واما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كما اذا استقرض

حنطة وامره ان يزرعها فى ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيده من عنده نصف دينار وان بدأ

بالدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم

فصار مستهلكا عند ابى حنيفة رح فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضى من جهته لجواز ان يكون مراده

البداية بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه فى المخلوط لان الخلط ليس

باستهلاك عندهما قال ومن اسلم جارية فى كر حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت فى يد

المشترى فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لان صحة الاقالة تعتمد بقاء

العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفى السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال قيامه

واذا جاز ابتداء اولى ان يبقى انتهاء لان البقاء اسهل واذا انفسخ العقد فى المسلم فيه انفسخ فى الجارية

تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها ولو اشترى جارية بالف درهم ثم تقايلا فماتت

فى يد المشترى بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة لان المعقود عليه فى البيع

انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء فلا تبقى انتهاء لانعدام محله و

هذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة وتبقى بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد

منهما مبيع فيه قال ومن اسلم الى رجل دراهم فى كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت رديئا وقال رب السلم

لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت فى انكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على

راس المال فى العادة وفى عكسه قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابى حنيفة رح لانه يدعى الصحة

وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسنقرره من بعد

ان شاء الله تعالى ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب

السلم لان المسلم اليه متعنت فى انكاره حقا له وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان

الاجنبي فلا يعتبر النفع في ترك راس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسئلة المضاربة لانه ليس بلازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح اما السلم فلازم فصار الاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وان انكر الصحة قال ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز لان آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمى الملبن قال وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا بأس بالسلم في طست او قمقمة او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف لاستجماع شرائط السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول قال وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا عنه لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح لانه باع ما لم يره وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود

عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع
فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه ربما لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب
لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو
ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة رح خلافا لهما ولو ضربه فيما لا تعامل فيه
يصير سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل
الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لان ذلك استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة رح
انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على
السلم اولى والله اعلم

مسائل منثورة قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير
المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي
لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة
تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع
الكلب الا كلب صيد او ماشية ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه
لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول
دون البيع قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عليه السلام فيه ان الذي حرم شربها حرم بيعها و
اكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه قال واهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عليه السلام في
ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال
الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على
الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رض ولوهم
بيعها وخذوا العشر من اثمانها قال ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم

على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ففعل صح جاز ويأخذ الألف من المشتري والخمسمائة
من الضامن وإن كان لم يقل من الثمن جاز البيع بألف درهم ولا شيء على الضمين وأصله أن الزيادة على الثمن
والمثمن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافا لزفر والشافعي لأنه تغيير للعقد من وصف مشروع
إلى وصف مشروع وهو كونه عدلا أو خاسرا أو رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئا بأن
زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الأجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها
المقابلة تسمية وصورة فإذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح وإذا لم يقل لم يوجد فلم يصح **قال** ومن
اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في
الرقبة على الكمال وعليه المهر وهذا قبض لأن وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله
وإن لم يطأها فليس بقبض والقياس أن يصير قابضا لأنه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه
الاستحسان أن في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا **قال** ومن اشترى
عبدا فغاب فأقام البائع البينة أنه باعه إياه فإن كانت غيبته معروفة لم يبع في
دين البائع لأنه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع وفيه إبطال حق المشتري وإن لم يدر أين هو بيع العبد
وأوفي الثمن لأن ملك المشتري ظهر بإقراره فيظهر على الوجه الذي أقر به مشغولا بحقه وإذا تعذر استيفاؤه
من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن إذا مات والمشتري إذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض
بخلاف ما بعد القبض لأن حقه لم يبق متعلقا به ثم إن فضل شيء يمسك للمشتري لأنه
بدل حقه وإن نقص يتبع هو أيضا فإن كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فللحاضر أن يدفع الثمن
كله ويقبضه وإذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهو قول أبي حنيفة
ومحمد وقال أبو يوسف إذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض إلا نصيبه وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه
لأنه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه وهو أجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما أنه

منقود فلانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه وللمطالب ان يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه الى ان يستوفي تمام حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه

قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما

قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له

قال واذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض لانه اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكما اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر او الدراهم في ثيابه لم يكن له ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه

من يديه الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة

لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا **قال** فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب

لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا

بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث وقال عليه السلام جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في

البيوع **قال** ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر وان استنظرك ان يدخل بيته

فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا

للمساواة فلا يتحقق الربوا ولان احدهما ليس باولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان

كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان يتعين

ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق

بالابدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معا في جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل

الصرف لقول ابن عمر وان وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض راس مال السلم

بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب

التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين

او احدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما

لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه

قبل تقرره وفيه خلاف زفر **قال** ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة

دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق بالعقد حقا

لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر لان الدراهم

لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه

ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس
من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة
لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه
مجازفة لما فيه من احتمال الربوا قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة
قيمته الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض
حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذا لو اشتراها
بالفي مثقال الف نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية
والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذلك لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون
ودفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك ان
قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ و
المرجان والمراد احدهما فيحمل عليه بظاهر حاله فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه
صرف فيها وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده
بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص السيف بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية
لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان
كانت مثله او اقل منه او لا يدرى لا يجوز البيع للربوا او لاحتماله وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد
من وجهين فترجحت قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض
وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد
والفساد طار لانه صح ثم بطل بالافتراق فلا يشيع ولو استحق بعض الاناء فالمشتري
بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الشركة عيب في الاناء ومن باع قطعة

فرع ثم استحق بعضها اخذ الباقی بحصته ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض قال ومن باع درهمين ودينارا

بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس منهما بخلافه وقال زفر والشافعی رحمهما الله لا يجوز وعلى

هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكرى حنطة وكرى شعير ولهما ان فی الصرف الى خلاف

الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين و

التغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة

لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع

مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز فی المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا

اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا

اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد فی الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى

الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما فی مقابلة الجنس بالجنس

وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه

الاصلی وهو ثبوت الملك فی الكل بمقابلة الكل فصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك

بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف ما عد من المسائل اما مسألة المرابحة فلانه

يصير تولية فی القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق فی المسألة الثانية غير متعين لانه يمكن

صرف الزيادة على الالف الى المشترى وفی الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده

وفی الاخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد فی حالة البقاء وكلامنا فی الابتداء قال ومن باع احد عشر

درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع

فی الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فبقی الدرهم بالدينار وهما جنسان و

لا يعتبر التساوی فيهما ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب واحدهما اقل ومع اقلهما شیء

٦٧

فان بلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربوا ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس البيع لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة وزفر يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك في اصح الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهو فضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردي سواء وان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف فان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس فهي في حكم شيئين فضة وصفر لكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين فاذا شرط القبض في الفضة

يشترط في الصرف لانه لا يتميز عنه الا بضرره قال رضي الله عنه ومشايخنا لم يفتوا بجواز ذلك في
العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربوا ثم ان كانت
تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج
بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن فيهما نص ثم هي ما دامت تروج تكون
اثمانا لا تتعين بالتعيين واذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين واذا كانت يتقبلها البعض دون
البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم بحالها لتحقق
الرضاء منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضاء منه واذا اشترى بها سلعة فكسدت
وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح عليه قيمتها يوم البيع وقال
محمد رح قيمتها آخر ما تعامل الناس بها لهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب
الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند ابي يوسف رح
وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد رح يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة رح
ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع
يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد قال ويجوز البيع بالفلوس لانه مال
معلوم فان كانت نافقة جاز البيع بها وان لم تتعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة
لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل
البيع عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت
عند ابي حنيفة رح يجب عليه مثلها لانه اعارة وموجبه رد العين معنى والثمنية فضل فيه اذ القرض
لا يختص به وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما
اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف رح يوم القبض وعند محمد رح يوم الكساد على ما مر

من قبل في باب السلم اختلافهم في مثله وقول محمد أنظر للجانبين وقول أبي يوسف أيسر **قال** ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا إذا قال بدانق فلوس أو بقيراط فلوس جاز وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك لأنه اشترى بالفلوس وأنها تقدر بالعدد لا بالدانق ونصف الدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فأغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس فكذلك عند أبي يوسف لأن ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد أنه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لأن في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبي يوسف أصح لا سيما في ديارنا **قال** ومن أعطى صيرفيا درهما وقال أعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا إلا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لأن بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف إلا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول أبي حنيفة بطل في الكل لأن الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الإعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لأنهما بيعان ولو قال أعطني نصف درهم فلوسا ونصفا إلا حبة جاز لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة فيكون نصف درهم إلا حبة بمثله وما وراءه بإزاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي أكثر نسخ المختصر ذكر المسألة الثانية

كتاب الكفالة

قال الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والأول أصح **قال** الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول به وقال الشافعي لا يجوز لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه إذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لأن له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم

غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي
بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة
فيه وهو الضم في المطالبة قال وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده
او براسه وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في
الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان
ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن
حتى لا تصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم تصح وكذا اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجبه او قال هو علي
لانه صيغة الالتزام او قال الي لانه في معنى على في هذا المقام قال عليه السلام ومن ترك كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل لان الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه والقبيل
هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون
المطالبة قال فان شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا
طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه
ولكن لا يحبسه اول مرة لعله ما درى لماذا يدعى ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه
ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق قال وكذا اذا ارتد والعياذ بالله و
لحق بدار الحرب وهذا لانه عاجز في المدة فينظر كالذي اعسر ولو سلمه قبل ذلك برئ لان الاجل
حقه فيملك اسقاطه كما في الدين المؤجل واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه
فيه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه
ما التزم التسليم الا مرة واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود
وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا وان

سلمه في برية لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد
لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رحمه الله
للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد
حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيه واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس
من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا
مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف
الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل فان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت

قال ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا برئ فدفعه اليه فهو برئ لانه موجب التصرف
فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه
من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل
او رسوله لقيامهما مقامه قال فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف
فلم يحضره الى ذلك الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا
التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة
لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق
سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا
يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين و
التعليق بعدم الموافاة متعارف ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان
مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة قال ومن ادعى على آخر مائة دينار
بينها او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به

غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك
لم يلتفت الى دعواه لانه علق مالا مطلقا بخطر لا يضاف اليه انه لم ينسبه الى ما عليه ولا تصح الكفالة على هذا
الوجه وان بينها ولانه لم يصح الدعوى من غير بيان فلا يجب احضار النفس واذا لم يجب لم تصح الكفالة
بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا
فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا
بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية **قال** ولا تجوز الكفالة
بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في حد
القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى
ولابي حنيفة قوله عليه السلام لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها
الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير
ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به
الكفيل فيتحقق الضم **قال** ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه
القاضي لان الحبس للتهمة ههنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف
الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر في ادب القاضي ان
على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة **قال** والرهن و
الكفالة جائزان في الخراج لانه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه
فيهما **قال** ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان لان موجبه
التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان واما الكفالة
بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او

بمالك عليه او بما يدركك في هذا البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيه الجهالة وعلى الكفالة
بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل بشجة صحت الكفالة وان احتملت السراية والاقتصار
وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك في موضعه ان شاء الله قال والمكفول
له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في
المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا
للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة ولو طالب احدهما له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما
لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار تضمين احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك
منه فلا يمكنه التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا يتضمن التمليك فوضح الفرق قال و
يجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي او ما ذاب لك عليه فعلي او ما غصبك
فعلي والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم
الاصل انه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان
الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما
ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر
وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط
لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق فان قال تكفلت بمالك عليه فقامت البينة بالف عليه
ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به وان لم تقم البينة
فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر من
ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها
قال وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو

تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب وكذا فيه نفع المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد
رضي به فان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره وان كفل بغير امره لم يرجع بما يؤديه لانه
متبرع بادائه وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين
بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا ملكه المحال عليه بما ذكرنا في الحوالة
بخلاف المامور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شئ حتى يملك الدين بالاداء
وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا ابرأ الكفيل **قال** و
ليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء
حيث يرجع قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية **قال** فان لوزم بالمال كان له ان يلازم المكفول
عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله واذا
ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين
عليه في الصحيح وان ابرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل عنه لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل
بدونه جائز وكذا اذا اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن الكفيل ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا
عن الذي عليه الاصل لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا
الى شهر فانه يتاجل عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما ههنا
فبخلافه فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل لانه
اضاف الصلح الى الالف الدين وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة لانه اسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل
ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره بخلاف ما
اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة حكمية فملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب
بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة **قال** ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت

إلا من المال يرجع الكفيل على المكفول عنه معناه بما ضمن له بأمره لأن البراءة التي ابتداؤها من المطلوب
وانتهاؤها إلى الطالب لا يكون إلا بالإيفاء فيكون هذا إقرارا بالأداء فيرجع وإن قال أبرأتك لم يرجع
الكفيل على المكفول عنه لأنه براءة لا تنتهي إلى غيره وذلك بالإسقاط فلم يكن إقرارا بالإيفاء ولو قال برئت
قال محمد هو مثل الثاني لأنه يحتمل البراءة بالأداء إليه والإبراء فيثبت الأدنى إذ لا يرجع الكفيل بالشك
وقال أبو يوسف هو مثل الأول لأنه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب إليه إلا بالإيفاء دون الإبراء وقيل في
جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان إليه لأنه هو المجمل قال ولا يجوز تعليق البراءة
من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات ويروى أنه يصح لأن عليه المطالبة دون الدين في
الصحيح فكان إسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد بخلاف إبراء الأصيل وكل حق لا يمكن استيفاؤه
من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لأنه يتعذر إيجابه عليه وهذا
لأن العقوبة لا تجري فيها النيابة وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لأنه دين كسائر الديون وإن تكفل عن
البائع بالمبيع لم تصح لأنه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالأعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا
خلافا للشافعي رح لكن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء
والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان أمانة كالوديعة والمستعار والمستأجر
ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض إلى
الراهن أو بتسليم المستأجر إلى المستأجر جاز لأنه التزم فعلا واجبا ومن استأجر دابة للحمل عليها فإن
كانت بعينها لا تصح الكفالة بالحمل لأنه عاجز عنه وإن كانت بغير عينها جازت الكفالة لأنه
يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته
فهو باطل لما بينا قال ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال
أبو يوسف يجوز إذا بلغه فأجاز ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة والخلاف في الكفالة بالنفس

والمال جميعاً له انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما
ذكرناه في الفضولي في النكاح وله ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعاً والموجود
شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس قال الا في مسئلة واحدة وهي ان يقول المريض لوارثه تكفل
عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم
المكفول لهم ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغاً لذمته
وفيه نفع الطالب كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون
المساومة ظاهراً في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه

قال واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند ابي حنيفة
وقالا تصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام الآخرة
ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل او مال وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة
ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤول اليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة
الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل او له مال فخلفه او الافضاء

الى الاداء باق قال ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيه صاحب المال
فليس له ان يرجع فيها لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي
هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان
الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض امانة في يده وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لانه ملكه
حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضاه المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له
على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين
المؤجل ولهذا لو ابرأ الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح فكذا اذا قبضه يملكه الا ان فيه نوع خبث نبينه

فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين فقد قررناه في البيوع ولو كانت الكفالة بكرّ حنطة فقبضها الكفيل

فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه قال واحب الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب

عليه في الحكم وهذا عند ابي حنيفة في رواية الجامع الصغير وقال ابو يوسف ومحمد هو له ولا يرده

على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه

فيسلم له وله انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه رضي على

اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق

في رواية ويرده عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق له قال ومن كفل

عن رجل بالف عليه بامره فامره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه

البائع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا

يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة سمي

به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة

لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل

هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن غير معلوم لجهالة ما زاد على الدين وكيفما

كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة عليه لانه العاقد قال ومن كفل عن

رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له

على المكفول عنه الف درهم لم يقبل بينته لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظة القضاء

ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء او مال يقضى به وهذا ماض اريد به

المستقبل كقوله اطال الله بقاءك والدعوى مطلقة عن ذلك فلا تصح ومن اقام البينة ان له على

فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضي به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة

بغير أمره يقضى على الكفيل خاصة وإنما قبلت لأن المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وإنما تختلف
بالأمر وعدمه لأنهما يتغايران لأن الكفالة بأمر تبرع ابتداءً ومعاوضة انتهاءً وبغير أمر تبرع ابتداءً
وانتهاءً فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر وإذا قضى بها بالأمر ثبت أمره وهو يتضمن الإقرار
بالمال فيصير مقضيًا عليه والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه لأنه تعتمد صحتها قيام الدين في
زعم الكفيل فلا يتعدى إليه وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الآمر وقال زفر لا يرجع لأنه
لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبًا شرعًا فبطل ما في زعمه قال ومن باع
دارًا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم لأن الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى
يسعى في نقض ما تم من جهته وإن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها أحكام البيع وترغيب المشتري إذ لا يرغب
فيه دون الكفالة فنزل منزلة الإقرار بملك البائع قال ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليمًا و
هو على دعواه لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي إقرار بالملك لأن البيع مرة يوجد
من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا إذا كتب
في الصك باع وهو يملكه أو بيعًا باتًا نافذًا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم إلا إذا كتب الشهادة
على إقرار المتعاقدين **فصل في الضمان** قال ومن باع لرجل ثوبًا وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن
متاع رب المال فالضمان باطل لأن الكفالة التزام المطالبة وهي إليهما فيصير كل واحد منهما ضامنًا
لنفسه ولأن المال أمانة في أيديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع و
المستعير وكذا رجلان باعا عبدًا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لأنه
لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنًا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي إلى قسمة الدين
قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف ما إذا باعا بصفقتين لأنه لا شركة ألا ترى أن للمشتري أن يقبل نصيب
أحدهما ويقبض إذا نقد ثمن حصته وإن قبل الكل قال ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه

وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد
موته من تركته الا بوصية واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك
واجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق
وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشائخ وممن يميل الى الصحة الامام علي
البزدوي واما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها او حصة منها والرواية باو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة

والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة

فالقول قول المدعي ومن قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول
الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل
وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان
الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار
اما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعي الحق الثاني

بالاول وابو يوسف فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه قال ومن اشترى جارية فكفل

له رجل بالدرك فاستحقت لم ياخذ الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض
البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل
بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وعن ابي يوسف انه
يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب

الاصل ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على
الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار

ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص

لا يصح عند أبي حنيفة لأنه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فصح

باب كفالة الرجلين

وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما إذا اشتريا عبدا بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لأن كل واحد منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وبحق الكفالة لأن الأول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للأول فيقع عن الأول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع لأن أداء نائبه كأدائه فيؤدي إلى الدور وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلا كان أو كثيرا ومعنى المسألة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الأصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعا عنهما إذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي إلى الدور لأن قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينتقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه وإن شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لأنه كفل بجميع المال عنه بأمره قال وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل فبقي المال كله على الأصيل والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه ولهذا يأخذه به قال وإذا افترق المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة ولا يرجع أحدهما على صاحبه

حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال واذا كوتب

العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع

على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد

منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه فيكون عتقهما معلقا بادائه ويجعل كفيلا

بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك فما اداه

احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة قال ولو لم يؤديا شيئا

حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون

المال وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما

جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف

وللمولى ان ياخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان اخذ الذي اعتق رجع على

صاحبه بما يؤديه لانه مؤد عنه بامره وان اخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه والله اعلم

باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال عليه

لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب به لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه

به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب او مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متاخر بمؤخر

ثم اذا ادى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه

ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول

بنفسه حرا فان ادعى رقبة العبد وكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن

الكفيل قيمته لان على المولى رده على وجه يخلفه قيمته وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت يبقى

واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول قال واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجاز قال ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد لانه دين ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رحمه الله عليه لانه كالمكاتب عنده

كتاب الحوالة

قال وهي جائزة بالديون قال عليه السلام من احيل على ملي فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لا في العين قال وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قال واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر رحمه الله عليه لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة النقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاملأ والاحسن في القضاء وانما يجبر على القبول اذا نقده

المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا قال ولا يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى
حقه وقال الشافعي رحمه الله عليه لا يرجع وان توى لان البراءة قد حصلت مطلقة فلا تعود الا
بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود او تنفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ
فصار كوصف السلامة في المبيع قال والتوى عند ابي حنيفة رحمه الله عليه احد الامرين وهو اما ان يجحد الحوالة و
يحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى حقيقة
وقالا هذان الوجهان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته وهذا بناء على ان الافلاس
لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله غاد ورائح قال واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال
الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله الا بحجة وكان عليه مثل الدين لان سبب
الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه دينا وهو منكر والقول للمنكر ولا يكون
الحوالة اقرارا منه بالدين عليه لانها قد تكون بدونه قال واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال
انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال لا بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي
عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه قال ومن
اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان هلكت برئ لتقيدها
بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا فوات و
قد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا وحكم المقيدة في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه
لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقي له مطالبة
فيأخذه منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل
الحوالة باخذ ما عليه او ما عنده قال ويكره السفاتج وهي قرض استفاد به المقرض سقوط
خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى الرسول عليه السلام عن قرض جر نفعا

كتاب ادب القاضى

قال ولا تصح ولاية القاضى حتى يجتمع فى المولّى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلّد يصح الا انه لا ينبغى ان يقلّد كما فى حكم الشهادة فانه لا ينبغى ان يقبل القاضى شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضى عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشائخنا رحمهم الله وقال الشافعى رحمه الله الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلثة رحمهم الله فى النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشائخ اذا قلّد الفاسق ابتداء يصح ولو قلّد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلّد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وخبره غير مقبول فى الديانات وقيل يصلح لانه يجتهد حذار النسبة الى الخطأ واما الثانى فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعى رحمه الله عليه هو يقول ان الامر بالقضاء يستدعى القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضى بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه وينبغى للمقلِّد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلام من قلّد انسانا عملا وفى رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفى حد الاجتهاد كلام عرف فى اصول الفقه حاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معانى الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس فى المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب قريحة مع ذلك يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتنى عليها قال ولا بأس بالدخول فى القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدى فرضه لان الصحابة رضى الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه

فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف **قال** ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرة القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه ولا يوفق له او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو الاهل للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد **قال** وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية رضي الله عنه والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وهو كان جائرا الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه **قال** ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضي الذي كان قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث امينين ليقبضاها بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام **قال** وينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم وقول المعزول ليس بحجة لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه فمن لم تقم عليه بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير **قال** وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة او يعترف

به من هو في يده لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول فيما بيناه الا ان يعترف الذي في يده انه
سلمها اليه فيقبل قوله فيهما لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده
في الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغيره ثم أقر بتسليم القاضي فيسلم ما في يده الى المقر له الاول
لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي **قال**
ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد
الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك و
هو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر
الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون
كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة
ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي
اليها او الى باب المسجد او يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة
ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في
جلوسه وحده تهمة **قال** ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء
بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك يصير
آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد
او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة لان الخاصة
لاجل القضاء فيتهم بالاجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد انه يجيبه
وان كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها **قال** ويشهد الجنازة ويعود
المريض لان ذلك من حقوق المسلمين قال عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق منها

٨٧

مذ ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لان النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولان فيه تهمة

قال واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو

بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه

مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم

ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء قال ويكره تلقين الشاهد ومعناه ان يقول اتشهد بكذا

وكذا وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف في غير موضع

التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل

فصل في الحبس

قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه

لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا

في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما

اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره قال فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن

مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به

واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه والمراد بالمهر معجله دون

مؤجله قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم توجد

دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعي اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه

الدين في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول

الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسألتان تؤيدان القولين الآخرين و

التخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق

وكذا عند ابي حنيفة ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة

وفيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين او ثلثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال وانما يحبسه ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى راى القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية وفي رواية لا تقبل وعلى الثانية عامة المشائخ قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته قد بيناه فلا نعيده قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس الوالد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان والله اعلم

باب كتاب القاضي الى القاضي

قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة وتقبل في العقار ايضا لان التعريف

فيه بالتحديد ولا يقبل في الأعيان المنقولة للحاجة إلى الإشارة وعن أبي يوسف
أنه يقبل في العبد دون الأمة لغلبة الإباق فيه دونها وعنه أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف في
موضعه وعن محمد أنه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون رحمهم الله **قال** ولا يقبل الكتاب
إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأن الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت إلا بحجة تامة وهذا لأنه ملزم
فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب لأنه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي إلى المزكي ورسوله
إلى القاضي لأن الإلزام بالشهادة لا بالتزكية **قال** ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه
أو يعلمهم به لأنه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه إليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا
عند أبي حنيفة ومحمد لأن علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما
ولهذا يدفع إليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال أبو يوسف آخرا شيء من
ذلك ليس بشرط والشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وخاتمه وعن أبي يوسف أن الختم ليس بشرط أيضا
فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الأئمة السرخسي قول
أبي يوسف فإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بحضرة الخصم لأنه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من
حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لأنه للنقل لا للحكم **قال** فإذا سلمه الشهود إليه نظر إلى ختمه
فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقضائه وقرأه علينا وختمه فتحه
وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف إذا شهدوا أنه كتابه
وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح أنه يفض الكتاب بعد
ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف لأنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود وإنما يمكنهم أداء الشهادة
بعد قيام الختم وإنما يقبله المكتوب إليه إذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو لم يبق
أهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لأنه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل إخباره قاضيا

آخر في غير حملهما او في غير عملهما وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان
قاضي كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار خلفا له هو معروف بخلاف ما اذا كتب
ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا لانه غير معروف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب
على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة
البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

فصل آخر ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها فيهما وقد مر الوجه

وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار
كتوكيل الوكيل بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به
اذنا في الاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني فاجازه الاول جاز
كما في الوكالة وهذا لانه حضره رأي الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن
الاصيل حتى لا يملك الاول عزله الا اذا فوض اليه العزل هو الصحيح **قال** واذا رفع الى القاضي حكم حاكم
امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف
فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه والاصل ان القضاء متى
لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال
القضاء به فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند
ابي حنيفة وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين
لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة
المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر بمخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف
في الصدر الاول **قال** وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة

وكذا اذا قضى باحلال، وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مرت في النكاح قال ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة بدون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة ولو انكر ثم غاب فكذلك الجواب لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف ومن يقوم مقامه قد يكون نائبا بانابته كالوكيل او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب اما اذا كان شرطا لحقه فلا يعتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع قال يقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه وان اقرض الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

باب التحكيم

واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهليته ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص

لأنه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الإباحة فلا يستباح برضاهما قال ولا يجوز التحكيم في

الحدود والقصاص قال أي على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما وهو صحيح إلا أنه

لا يفتى به ويقال يحتاج إلى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام فيه وإن حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة

لم ينفذ حكمه لأنه لا ولاية له عليهم إذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي

ويقضي بالدية على العاقلة لأنه مخالف لرأيه ومخالف للنص إلا إذا ثبت القتل بإقراره لأن العاقلة

لا تعقله ويجوز أن يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالإقرار لأنه حكم موافق للشرع ولو أخبر بإقرار

أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لأن الولاية قائمة ولو أخبر بالحكم لا يقبل

قوله لانقضاء الولاية كقول المولى بعد العزل وحكم الحاكم لأبويه وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه

سواء وهذا لأنه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما إذا حكم

عليهم لأنه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا القضاء ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لأنه

أمر يحتاج فيه إلى الرأي والله أعلم بالصواب **مسائل شتى من كتاب القضاء** قال وإذا كان

علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند أبي حنيفة رح

معناه بغير رضا صاحب العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبني

على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول أبي حنيفة رح فلا خلاف وقيل الأصل عندهما الإباحة لأنه

في ملكه والملك يقتضي الإطلاق والحرمة بعارض الضرر فإذا أشكل لم يجز المنع والأصل عنده الحظر

لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستأجر والإطلاق بعارض فإذا أشكل لا يزول

المنع على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه فيمنع عنه قال وإذا كانت زائغة

مستطيلة تنشعب منها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لأهل الزائغة الأولى أن يفتحوا

بابا في الزائغة القصوى لأن فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور إذ هو لأهلها خصوصا حتى لا يكون

الاولى بما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور
لا من فتح الباب لانه رفع جداره والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل
ساعة ولانه عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب وان كانت مستديرة قد لزق طرفاها
فلهم ان يفتحوا بابا لان لكل واحد منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون
في الشفعة اذا بيعت دار منها **قال** ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو
جائز وهي مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان مجهولا
فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لان الجهالة في الساقط فلا تفضي الى المنازعة على ما عرف

قال ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها
واقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض
اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان
ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا ذكره في بعض
النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب ودعوى الشراء رجوع منه فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى
الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملكه عنده ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر الآخر ان اجمع
البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها لان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت
به كما اذا تجاحدا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ ومجرد العزم وان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن
بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري
فات رضاء البائع فيستبد بفسخه **قال** ومن اقر انه قبض من آخر عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف
صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها
معيبة ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه

مجلا أما إذا أقر أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى لإقراره بقبض الجياد صريحا أو دلالة فلا
والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لأنه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما
لا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليه الغش

ومن قال لآخر لك علي ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف
فليس عليه شيء لأن إقراره هو الأول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق
خصمه بخلاف ما إذا قال لغيره اشتريت وأنكر الآخر له أن يصدقه لأن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ
كما لا ينفرد بالعقد والمعنى فيه أنهما حقهما فبقي العقد فعمل التصديق أما المقر له ينفرد برده فافترقا

قال ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فأقام المدعي البينة على ألف
وأقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وقال زفر رحمه الله لا تقبل لأن القضاء يتلو الوجوب
وقد أنكره فكان مناقضا ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة
ألا ترى أنه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي وكذا إذا قال ليس لك علي شيء
لأن التوفيق أظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا أعرفك لم تقبل بينته على القضاء وكذا
على الإبراء لتعذر التوفيق لأنه لا يكون بين اثنين أخذ وإعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة ومصالحة
بدون المعرفة وذكر القدوري أنه تقبل أيضا لأن المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض
وكلائه بإرضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق قال ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته فقال

لم أبعها منك قط فأقام البينة على الشراء فوجد بها إصبعا زائدة فأقام البائع البينة أنه برئ
من كل عيب لم تقبل بينة البائع وعن أبي يوسف رحمه الله أنه تقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر أن اشتراط
البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضا
بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا على ما مر قال ذكر حق كتب في أسفله ومن قام بهذا الذكر

أي كتاب إقرار بدين ١٢

فهو دليلٌ ما فيه ان شاء الله تعالى او كتب في الشراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه
ان شاء الله تعالى فبطل الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام
بذلك الحق وقولهما استحسان ذكره في الاقرار لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه وله ان الذكر للاستيثاق
وكذا الاصل في الكلام الاستبداد وله ان الكل كشيء واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما في
الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله تعالى ان شاء الله ولو ترك فرجة
قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت **فصل في القضاء بالمواريث** **قال** واذا مات نصراني فجاءت
امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال
زفر رح القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت
فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع وهي تعتبره للاستحقاق
ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة
اسلمت بعد موته فالقول قولهم ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة
اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا **قال** ومن مات وله في يد رجل
اربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه لانه اقر
ان ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل
المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي
فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون
تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه ولو قال المودع لآخر هذا ابنه ايضا وقال
الاول ليس له ابن غيري قضي بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا
على الاول فلا يصح اقراره للثاني كما لو كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح

وجبن آخر للمكاتب الذي له مكاتب فلم يصح قال واذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فانه لا يوخذ منهم
كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يوخذ
الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما
ان القاضي ناظر للغيب والظاهر ان في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط
بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه او اعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولابي حنيفة
ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يوخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت الشراء
ممن في يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولان المكفول له مجهول فصار كما
اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم اما الآبق واللقطة ففيه
روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة اللقطة او اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق
غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله وهو ظلم اي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله
ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض قال واذا كانت الدار في يد رجل واقام الآخر البينة ان اباه مات

وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي

في يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان كان الذي في يده جاحدا اخذ

منه وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر
لانه امين وله ان القضاء وقع للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا ينقض يده
كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة
معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يوخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ
والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون
العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا وقول ابي حنيفة رح فيه اظهر

لحاجته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء الخصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها
واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم اليه النصف بذلك القضاء لان احد الورثة ينتصب
خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة
وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه
فلا يصلح نائبا عن غيره ولهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين على الميت الا انه انما يثبت
استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما بدون اليد
فيقتصر القضاء على ما في يده ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة وان اوصى بثلث
ماله فهو على ثلث كل شيء والقياس ان يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر لعموم اسم المال كما في الوصية
وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال
اما الوصية فاخت الميراث لانها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل
ماله وهو مال الزكوة اما الوصية فتقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية
عند ابي يوسف لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده وعند محمد لا تدخل لانه
سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا يدخل ارض الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال ما املكه
صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ
المال فلا مخصص في لفظ الملك فبقي على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن
الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب
شيئا تصدق بما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر بشيء لاختلاف احوال الناس فيه وقيل المحترف
يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال
وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله قال ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصاية حتى

باع شيئاً من التركة فهو وصي وبيعه جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن أبي يوسف أنه لا يتوقف
الفصل الأول أيضاً لأن الوصاية إنابة بعد الموت فتعتبر بالإنابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق
على الظاهر أن الوصاية خلافة لإضافتها إلى زمان بطلان الإنابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث
أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لأنه لو توقف على العلم لا يفوت النظر لقدرة
الموكل وفي الأول يفوت لعجز الموصي ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لأنه إثبات حق لا إلزام
أمر قال ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة
وقالا هو والأول سواء لأنه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله أنه خبر ملزم فيكون
شهادة من وجه فيشترط أحد شطريها وهو العدد أو العدالة بخلاف الأول وبخلاف رسول
الموكل لأن عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال وعلى هذا الخلاف إذا أخبر المولى بجناية عبده
والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر إلينا قال وإذا باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء وأخذ المال
فضاع واستحق العبد لم يضمن لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الإمام وكل واحد
منهم لا تلحقه ضمان كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الأمانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على
الغرماء لأن البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد إذا كان العاقد محجوراً عليه ولهذا
يباع بطلبهم وإن أمر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري
على الوصي لأنه عاقد نيابة عن الميت وإن كان بإقامة القاضي عنه فصار كما إذا باعه بنفسه قال
ويرجع الوصي على الغرماء لأنه عامل لهم وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز أن يقال يرجع
بالمائة التي غرمها أيضاً لأنه لحقه في أمر الميت والوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم لأنه إذا لم يكن في
التركة دين كان العاقد عاملاً له

فصل آخر

وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه
أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل وعن محمد أنه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله

حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطاء والتدارك متعذر وعلى هذه الرواية لا يقبل
كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال اكثر القضاة في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة
اليه وجه ظاهر الرواية انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة اولي
الامر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام ابو منصور ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام
تهمة الخطاء والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن التفسير وجب تصديقه والا فلا وان
كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء والخيانة قال
واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قد قضيت بها له عليك فقال
الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك لو قال قضيت بقطع يدك في حق هذا اذا
كان الذي قطعت يده والذي اخذ منه المال مقرين انه فعل ذلك وهو قاض
ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا
ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ولو اقر القاطع او الآخذ
بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معاينا ولو زعم المقطوع
يده او المأخوذ ماله انه فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول للقاضي ايضا وهو الصحيح لانه اسند
فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون منه كان معهودا
ولو اقر القاطع او الآخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول
في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولو كان المال
في يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه
يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة

كتاب الشهادة

قال الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا
ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه
فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار لانه
بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك والستر افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده
لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا
والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على افضلية الستر
الا انه يجب ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة
على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه

والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي
يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة
شهداء ولا يقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله
صلى الله عليه وآله وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة
البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية
الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا يقبل فيها شهادة
النساء لما ذكرنا قال وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء
كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي لا تقبل شهادة
النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط
وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها قبلت
في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول

101

ما ينبني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن قال

ويقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعي رح في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس الى الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى والثلاث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق فاما حكم البكارة فان شهدن انها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها لانها تأيدت بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في المبيعة اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع واما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند ابي حنيفة رح في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلوة لانها امر ديني وعندهما تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة

ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة

فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والمرضي من الشاهد هو العدل ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف رح ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروته والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسئلة معروفة واما لفظة الشهادة

فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله
اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله فى ذلك كله اشارة
الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة فى شهادة النساء فى الولادة وغيرها هو الصحيح لانه
شهادة لما فيه من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيه الحرية والاسلام قال ابو حنيفة
يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة فى المسلم ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم لقوله
عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا فى قذف ومثل ذلك مروى عن عمر ولان
الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع الا فى الحدود والقصاص
فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة
وان طعن الخصم فيهم يسأل عنهم فى السر والعلانية لانه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح وقال ابو يوسف ومحمد
لا بد ان يسأل عنهم فى السر والعلانية فى سائر الحقوق لان القضاء مبناه على الحجة وهى شهادة العدول فيتعرف
عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما فى هذا الزمان والتزكية
فى السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلى والمصلى ويردها المعدل وكل ذلك فى السر كيلا يظهر فيخدع
او يقصد وفى العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفى شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها
فى الصدر الاول ووقع الاكتفاء فى السر فى زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة
ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو حر عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفى بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة
بالدار وهذا اصح قال وفى قول من رأى ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه
وعن ابى يوسف ومحمد انه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية الآخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط وجه
الظاهر ان فى زعم المدعى وشهوده ان الخصم كاذب فى انكاره مبطل فى اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة
اذا قال هم عدول الا انهم اخطأوا او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق واذا كان

رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحد جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
قال محمد لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد
له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتني على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط
فيه العدد كما يشترط العدالة فيه وتشترط الذكورة في المزكي في الحدود والقصاص ولهما انه ليس في
معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي
في الشهادة فلا يتعداها ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا
فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف لاختصاصها بمجلس القضاء
قالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد **فصل في ما يتحمله الشاهد** على ضربين

احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او
رآه وسعه ان يشهد وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى
الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد
والا فدع **قال** ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له
ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة فلم يحصل العلم الا اذا كان دخل البيت وعلم انه
ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه له ان يشهد
لانه حصل العلم في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع
شاهدا يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده عليها لان الشهادة غير موجبة
بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو سمعه
يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره ولا يحل للشاهد اذا
رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة وعندهما

يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادته في ديوانه
لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك
الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به
انا شهدنا نحن وانت قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول
وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به وهذا استحسان
والقياس ان لا تجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان
ان هذه الامور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون
فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد
وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط
ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة لانه
قل ما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب
والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة واما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته
كما ان معاينة اليد في الاملاك مطلق للشهادة ثم اذا فسر لا تقبل كذا هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس
القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا
وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا رأى عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد
دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه
الاشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف آخرا انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة
النسب لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وعن محمد انه يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا انا نقول
الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتنى عليه واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة

١٠٤

بالتسامع في أصله دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف رح انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد رح في الرواية فيكون شرطا على الاتفاق وقال الشافعي رح دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشائخنا رح لان اليد متنوعة الى انابة وملك قلنا والتصرف يتنوع ايضا الى نيابة واصالة ثم المسألة على اربعة اوجه ان عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك لا يحل له واما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على انفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رح انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه والله اعلم

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح تقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي رح يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد رح لان قيام الاهلية للشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت قد انتهت

وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك لأن الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فأولى أن
لا تثبت له الولاية على غيره ولا المحدود في القذف وإن تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً
ولأنه من تمام الحد لكونه مانعاً فيبقى بعد التوبة كأصله بخلاف المحدود في غير القذف لأن الرد
للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي تقبل إذا تاب لقوله تعالى إلا الذين تابوا استثنى التائب
قلنا الاستثناء ينصرف إلى ما يليه وهو قوله تعالى فأولئك هم الفاسقون أو هو استثناء منقطع
بمعنى لكن ولو حد الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته لأن للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد
وبالإسلام حدث له شهادة أخرى بخلاف العبد إذا حد ثم أعتق لأنه لا شهادة للعبد أصلاً فتمام حده
برد شهادته بعد العتق قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لأبويه وأجداده والأصل فيه
قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد
لسيده ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة ولهذا
لا يجوز أداء الزكاة إليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه أو تتمكن فيه التهمة قال رضي الله عنه والمراد
بالأجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى
قوله عليه السلام لا شهادة للقانع بأهل البيت وقيل المراد به الأجير مسانهة أو مشاهرة
أو مياومة فيستوجب الأجر بمنافعه عند أداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها ولا تقبل شهادة
أحد الزوجين للآخر وقال الشافعي تقبل لأن الأملاك بينهما متميزة والأيدي متميزة ولهذا
يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمناً كما في الغريم إذا شهد
لمديونه المفلس ولنا ما روينا ولأن الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهداً لنفسه من وجه
أو يصير متهماً بخلاف شهادة الغريم لأنه لا ولاية له على المشهود به ولا شهادة المولى لعبده لأنه شهادة
لنفسه من كل وجه إذا لم يكن على العبد دين أو من وجه إن كان عليه دين لأن الحال موقوف مراعى

لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه
لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة وتقبل شهادة الرجل لاخيه
وعمه لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال
ولا تقبل شهادة مخنث ومراده المخنث في الردي من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين
وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة ولا نائحة ولا مغنية لانهما ترتكبان محرما فانه عليه السلام
نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه
ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء بصعوده سطحه ليطير طيره
وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة ولا من
يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق قال ولا من يدخل الحمام من غير ازار لان كشف العورة
حرام او ياكل الربوا او يقامر بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلوة
للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا
وشرط في الاصل ان يكون اكل الربوا مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك
ربوا قال ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق لانه تارك للمروة
واذا كان لا يستحيي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور
فسقه بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي لا تقبل لانه اغلظ
وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه فيمتنع عن الكذب وصار
كمن يشرب المثلث او ياكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي
اما الخطابية فهم قوم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عنده وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة
فتمكنت التهمة في شهادتهم لظهور فسقهم قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم

وقال مالك والشافعي لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون فيجب التوقف
في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا ان النبي عليه السلام اجاز شهادة
النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل الولاية على نفسه وعلى اولاده الصغار فيكون من اهل
الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب
محظور الاديان كلها بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة
اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ
على التقول قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به المستامن لانه لا ولاية له
عليه لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى حالا منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه
وعلى الذمي وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة وان كانوا
من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي
لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستامن قال وان كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت
شهادته وان الم بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة اذ لا بد له من توقي الكبائر كلها
وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا ينقدح به العدالة المشروطة فلا يرد به
الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح احياء للحقوق قال وتقبل شهادة
الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا قال والخصي
لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده
قال وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم وقال مالك لا تقبل في الزنا لانه
يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل قال وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل او امرأة وشهادة
الجنسين مقبولة بالنص قال وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق

الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل
شهادته كما مر عن ابي يوسف في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته
لا يستأجر على الشهادة الكاذبة **قال** واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي
ذلك فهو جائز استحسانا وان انكر الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا
شهد الموصى لهما بذلك او غريمان لهما على الميت دين او للميت عليهما دين او شهد الوصيان انه
اوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان
ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروفا فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا ان
يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما
لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي
فتكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين لهما على الميت دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت
معروفا لانهما يقران على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما الغائب وكله
بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكره لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل
عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة **قال** ولا يسمع القاضي الشهادة
على جرح مجرد ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان
فيه هتك الستر والستر واجب والاشاعة حرام وانما يرخص ضرورة احياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم الا
اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم **قال** ولو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي
استأجر الشهود لم تقبل لانه شهادة على جرح مجرد والاستئجار وان كان امرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته لان المدعى
عليه في ذلك اجنبي عنه حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا
الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه

١٠٩

وكذا إذا أقام البينة على أني صالحت هؤلاء الشهود على كذا من المال ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا إنه لو أقام البينة أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شارب خمر أو قاذف أو شريك المدعي تقبل. قال ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتي فإن كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله أوهمت أي أخطأت بنسيان ما كان يحق علي ذكره أو بزيادة كانت باطلة ووجهه أن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل إذا تداركه في أوانه وهو عدل بخلاف ما إذا قام عن المجلس ثم عاد وقال أوهمت لأنه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولأن المجلس إذا اتحد لحق الملحق بأصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك إذا اختلف وعلى هذا إذا وقع الغلط في بعض الحدود أو في بعض النسب وهذا إذا كان موضع شبهة فأما إذا لم يكن فلا بأس بإعادة الكلام مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وإن قام عن المجلس بعد أن يكون عدلا وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يقبل قوله في غير المجلس إذا كان عدلا والظاهر ما ذكرنا

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت وإن خالفتها لم تقبل لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة رح فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي الألفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلث لهما أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به أحدهما فصار كالألف والألف والخمسمائة ولأبي حنيفة أنهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لأنه يستفاد باللفظ وهذا لأن الألف لا يعبر به عن الألفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما إذا اختلف

جنس المال قال وان شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا و
خمسمائة قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة
جملتان عطف احديهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف
والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين
وان قال المدعي لم يكن لي عليه الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي في
المشهود به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان اصل حقي
الفا وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه قال واذا شهدا
بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه
خمسمائة لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف رح انه يقضي بخمسمائة لان شاهد
القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال وينبغي للشاهد اذا علم بذلك
ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم وقال في الجامع الصغير
رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض
لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا تقبل وهو قول زفر لان
المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول
قال واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم
لم يقبل الشهادتين لان احديهما كاذبة بيقين وليست احديهما باولى من الاخرى فان سبقت احديهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى
لم تقبل لان الاولى قد ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية قال واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها
قطع وان قال احدهما بقرة والآخر ثورا لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان
كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض وقيل هو في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل

نصاب الشهادة وصار كالغصب بل أولى لأن أمر الحد أهم وصار كالذكورة والأنوثة وله أن التوفيق ممكن لأن التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان أو يجتمعان في واحد فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا يشاهده بخلاف الغصب لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والأنوثة لا يجتمعان في واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه **قال** ومن شهد لرجل أنه اشترى عبدا من فلان بألف وشهد آخر أنه اشترى بألف وخمسمائة فالشهادة باطلة لأن المقصود إثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولأن المدعي يكذب أحد شاهديه وكذلك إذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين أن يدعي المدعي أقل المالين أو أكثرهما لما بينا وكذلك الكتابة لأن المقصود هو العقد إن كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا إذا كان هو المولى لأن العتق لا يثبت قبل الأداء فكان المقصود إثبات السبب وكذا الخلع والإعتاق على مال والصلح عن دم العمد إذا كان المدعي هو المرأة أو العبد أو القاتل لأن المقصود إثبات العقد والحاجة ماسة إليه وإن كانت الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لأنه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن إن كان المدعي هو الراهن لا يقبل لأنه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وإن كان هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الإجارة إن كان ذلك في أول المدة فهو نظير البيع وإن كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين **قال** فأما النكاح فإنه يجوز بألف استحسانا وقالا هذا باطل في النكاح أيضا وذكر في الأمالي قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رحمه الله لهما أن هذا اختلاف في العقد لأن المقصود من الجانبين السبب فأشبه البيع ولأبي حنيفة رحمه الله أن المال في النكاح تابع والأصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الأصل فيثبت ثم إذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالأقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى أقل المالين أو أكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما إذا كانت المرأة هي المدعية وفيما إذا كان المدعي هو الزوج إجماع أنه لا تقبل لأن مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس إلا العقد وقيل الخلاف في الفصلين وهذا أصح والوجه ما ذكرناه

فصل

فی الشهادة علی الارث قال ومن اقام بینة علی دار انها کانت لابیه اعارها او اودعها الذی

هی فی یده فانه یاخذها ولا یکلف البینة انه مات وترکها میراثا له واصله انه متی ثبت الملك

للمورث لا یقضی به للوارث حتی یشهد الشهود انه مات وترکها میراثا له عند ابی حنیفة ومحمد

خلافا لابی یوسف هو یقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة

للوارث وهما یقولان ان ملك الوارث متجدد فی حق العین حتی یجب علیه الاستبراء فی الجاریة الموروثة ویحل للوارث

الغنی ما کان صدقة علی المورث الفقیر فلا بد من النقل الا انه یکتفی بالشهادة علی قیام ملك المورث وقت

الموت لثبوت الانتقال ضرورة وکذا علی قیام یده علی ما نذکره ان شاء الله تعالی وقد وجدت الشهادة

علی الید فی مسئلة الکتاب لان ید المستعیر والمودع والمستاجر قائمة مقام یده فاغنی ذلك

عن الجر والنقل وان شهدوا انها کانت فی ید فلان مات وهی فی یده جازت الشهادة لان الایدی عند الموت

تنقلب ید ملك بواسطة الضمان والامانة تصیر مضمونة بالتجهیل فصار بمنزلة الشهادة

علی قیام ملکه وقت الموت وان قالوا لرجل حی نشهد انها کانت فی ید المدعی منذ اشهر لم تقبل وعن

ابی یوسف انها تقبل لان الید مقصودة کالملك ولو شهدوا انها کانت ملکه تقبل فکذا هذا وصار

کما اذا شهدوا بالاخذ من المدعی وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان الید منقضیة

وهی متنوعة الی ملك وامانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غیر

مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحکمه معلوم وهو وجوب الرد ولان ید ذی الید معاین وید المدعی مشهود

به ولیس الخبر کالمعاینة وان اقر بذلك المدعی علیه دفعت الی المدعی لان الجهالة فی المقر به لا تمنع صحة

الاقرار وان شهد شاهدان انه اقر انها کانت فی ید المدعی دفعت الیه لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم

باب الشهادة علی الشهادة

قال الشهادة علی الشهادة جائزة فی کل حق لا یسقط بالشبهة وهذا استحسان لشدة الحاجة الیها

اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة
ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة
من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تندرئ
بالشبهات كالحدود والقصاص وتجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين وقال الشافعي لا يجوز
الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام شاهد واحد فصار كالمرأتين ولنا
قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق
فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة
على مالك رحمه الله ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة وصفة الاشهاد ان يقول
شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا
واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد
كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له
وان لم يقل له اشهد ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا
اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل
ولها لفظ اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوسطها ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته
حتى يقول له اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد لان القضاء عنده بشهادة الفرع والاصول
جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول ليصير حجة فيظهر التحميل
ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا
مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء
يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة من الاحكام

فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف رحمه الله انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت
في اهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه
ابو الليث قال فان عدّل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان
فعدّل احدهما الآخر صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة له من حيث القضاء بشهادته لكن العدل
لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول في حق نفسه وان ردّت شهادته
فلا تهمة قال وان سكتوا عن تعديلهم جاز وينظر القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله
لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف رحمه الله ان المأخوذ
عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا
بانفسهم فشهدوا قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت
للتعارض بين الخبرين وهو شرط واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية
بالف درهم وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه يقال
للمدعي هات شاهدين يشهدان انها فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي
يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا
الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان ان المحدود بها في يد المدعى
عليه وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال وكذلك كتاب القاضي
الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل ولو
قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لان
التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون
ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية

والجارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان

كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف على ظاهر الرواية فذكر الفخذ يقوم مقام

الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى فصل قال ابو حنيفة رح شاهد الزور اشهره

في السوق ولا اعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي لهما ما روي عن عمر رضي

الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى

العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر وله ان شريحا كان يشهره ولا يضرب ولان الانزجار يحصل

بالتشهير فيكتفي به والضرب وان كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف

نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى

الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رح فانه كان يبعثه الى سوقه

ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقولون ان شريحا يقرئكم

السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة السرخسي انه

يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير

ما ذكرناه في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران

وفائدته ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق

الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي للشهادة والبينات للاثبات والله اعلم

كتاب الرجوع عن الشهادات

قال واذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي

لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المدعى عليه فان حكم

بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان آخر كلامهم يناقض اوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ولانه في

الدلالة على الصدق مثل الاول فقد ترجح الاول باتصال القضاء به وعليهم ضمان ما اتلفوه
بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره من بعد ان شاء الله
ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو
مجلس القاضي اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر
والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما
واراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة
انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح قال واذا شهد شاهدان بمال فحكم
الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر
وقد تسببا للاتلاف تعديا وقال الشافعي لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة
قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجأ الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن
تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب وانما يضمنان اذا قبض المدعي
المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين قال فان رجع
احدهما ضمن النصف والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته
نصف الحق وان شهد بالمال ثلثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق
وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع فان رجع آخر
ضمن الراجعان نصف الحق لان ببقاء احدهم يبقى نصف الحق وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت
ربع الحق لبقاء ثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل بقي
نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق
فان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية

ثلثة الارباع وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند
ابى حنيفة رح وقالا على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد
ولهذا لا يقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولابى حنيفة رح ان كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد قال
عليه السلام فى نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد
بذلك ستة رجال ثم رجعوا ولو رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على
القولين لما قلنا ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست
بشاهدة بل هى بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح
بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذلك اذا شهدا باقل من مهر مثلها لان منافع
البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين يستدعى المماثلة على ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالتملك
لانها تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل وكذلك اذا شهدا على رجل بتزويج امرأة
بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول فى الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف
وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض وان شهدا
باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض قال وان شهدا ببيع
شئ بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان كان باقل من القيمة
ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب هو
البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف التلف اليهم وان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل
الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن زوجها او ارتدت سقط
اصلا ولان الفرقة قبل الدخول فى معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر فى النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة
فكان واجبا بشهادتهما قال وان شهدا على انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من

119

غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء اليهما وان شهدوا

بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتص منهم وقال الشافعي يقتص منهم لوجود القتل منهم

تسبيبا فاشبه المكره بل اولى لان الولي يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا

تسبيبا لان السبب ما يفضي اليه غالبا وههنا لا يفضي لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حياته

ظاهرا ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص

بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان

الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم

نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد ولا يبطل القضاء

لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا

وهذا عند محمد وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفروع

لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار

كانهم حضروا ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير لان القضاء وقع

بشهادتهم وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان

القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر

فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهم في التضمين وان قال شهود الفرع كذب شهود

الاصل او غلطوا في ذلك لم يلتفت الى ذلك لان ما امضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان

عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع قال وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا

وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الاحصان وله

ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة بخلاف شهود

الاحصان لانه شرط محض واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بالدخول ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض الا ترى ان القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشائخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتق والطلاق قبل الدخول

كتاب الوكالة

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل به غيره فيكون سبيله منه دفعا للحاجة وقد صح ان النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة رضـ قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضـ وكل فيها عقيلا وبعدما اسن وكل عبد الله بن جعفر رضـ وكذا بايفائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحـ وقال ابو يوسف رحـ لا يجوز التوكيل باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد رحـ مع ابي حنيفة رحـ وقيل مع ابي يوسف رحـ وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فصار كانه متكلم بنفسه له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة رحـ ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص

وكلام ابى حنيفة رح فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه
لما فيه من شبهة عدم الامر به وقال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضاء الخصم الا
ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضاء الخصم وهو
قول الشافعي رح ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف
على رضاء غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس
متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا
كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما
يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة
لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم قال الرازي رح يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق
بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رضي الله عنه وهذا شيء استحسنه المتأخرون **قال** ومن شرط الوكالة
ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد من
ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام
الموكل في العبارة فيشترط ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا واذا
وكل الحر العاقل البالغ او المأذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة
وان وكلا صبيا محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما
لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له
وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبي لقصور
اهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل وعن ابي يوسف رح ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم
انه صبي او مجنون او محجور له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد

فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب قال والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد

يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي تتعلق بالموكل

لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول

والوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا

وكذا حكما لانه يستغني عن الاضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك

كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فتتعلق حقوق العقد به ولهذا قال في الكتاب

يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم

فيه لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد

يتهب ويصطاد هو الصحيح قال رضي الله عنه وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى

قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون

الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض

الا ترى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول

وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص

وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح عن الانكار

فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع

والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا

وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى

لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه قال واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه

اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق الى العاقد فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالبه

به ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم الدفع اليه
ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقاصة ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة
بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده تقع المقاصة عند ابي حنيفة
ومحمد لما انه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء قال ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه
ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول
ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا والاصل فيه ان الجهالة
اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة
وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس
لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش
الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لانه بتقدير الثمن يصير النوع
معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشتمل
انواعا فان بين النوع كالتركي او الحبشي او الهندي او السندي او المولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه ولو بين النوع
او الثمن ولم يبين الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة
في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة
الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل
فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل
ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال

قال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال

حمار ونحوه قال ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها استحسانا

والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه

الاستحسان ان العرف املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل فبقي

على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق

قال واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لانه من حقوق

العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه

ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع وغيره

قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك

التوكيل به على ما مر ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان

الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض

بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد

قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة

في العقد لا في القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال واذا دفع

الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة

حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشترى للموكل

من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك

المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه

حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكانه

سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا مما لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه
في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه لنفسه وعند حبسه لنفسه فان حبسه فهلك
كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف رح وضمان المبيع عند محمد رح وهو قول ابي حنيفة رح وضمان
الغصب عند زفر رح لانه منع بغير حق لهما انه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن
فيسقط بهلاكه ولابي يوسف رح انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه
بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل
والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به قال واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى
عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند
ابي حنيفة رح وقالا يلزمه العشرون بدرهم وذكر في بعض النسخ قول محمد رح مع قول ابي حنيفة رح ومحمد رح
لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف رح انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى
به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة رح انه امره بشراء
عشرة ارطال ولم يامره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به
لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له بخلاف ما لو اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم
حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الامر قال ولو
وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الامر حيث اعتمد عليه
ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن
مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الاول في هذه
الوجوه لانه خالف امر الامر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره
رايه فلم يكن مخالفا قال فان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء

للموكل ويشتريه بمال الموكل قال رضي الله عنه هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع هو مطلق وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله هو للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف رحمه الله يحكم النقد فيه لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلنا حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه

ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المأمور لان في الوجه الاول اخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر وفي الوجه الثاني هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة رحمه الله القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده ههنا وان كان امره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن

في حال غيبته على ما مر فجاز على المعين على ما ذكرناه لابي حنيفة رح ومن قال لآخر بعني هذا العبد

لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره ثم جاء فلان فقال انا امرته بذلك فان فلانا ياخذه

لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قال فلان لم آمره لم يكن

ذلك له لان الاقرار ارتد برده قال الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا عنه وعليه العهدة

لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري

له دلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق

في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب قال ومن امر رجلا بان يشتري له

عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له احدهما جاز لان التوكيل مطلق فيجري على اطلاقه

وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع الا فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع ولو امره

بان يشتريهما بالالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رح ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل

جاز فان اشترى باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين

دلالة فيكون آمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير

وبالزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان

شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها

وقال ابو يوسف ومحمد رح ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي

جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا لكن لا بد ان يبقى من الالف باقية يشتري بمثلها الباقي

ليمكنه تحصيل غرض الآمر قال ومن له على آخر الف درهم فامره بان يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لان في

تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه

فمات في يده قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشتري وان قبضه الآمر فهو له وهذا عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه وقالا هو لازم للآمر

اذا قبضه للمامور وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه ولهما ان الدراهم والدنانير
لا تتعينان فى المعاوضات دينا كانت او عينا الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل
العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده ولابى حنيفة
رضى الله عنه انها تتعين فى الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك
العين او اسقط الدين بطلت الوكالة فاذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين
من غير ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشترى او يكون امرا بصرف ما لا يملكه
الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط مالى عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع
لانه يصير وكيلا عنه فى القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى
وهو معلوم واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المامور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر منه لانعقاد
البيع تعاطيا قال ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشترى بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة
وقال المامور اشتريتها بالف فالقول قول المامور ومراده اذا كانت تساوى الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن
عهدة الامانة والآخر يدعى عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فان كانت تساوى خمسمائة فالقول قول الآمر لانه خالف حيث
اشترى جارية تساوى خمسمائة والامر تناول ما يساوى الفا فيضمن قال وان لم يكن دفع اليه الالف
فالقول قول الآمر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان
لان الموكل والوكيل فى هذا ينزلان منزلة البائع والمشترى وقد وقع الاختلاف فى الثمن وموجبه التحالف ثم
يفسخ العقد الذى جرى بينهما فيلزم الجارية المامور قال ولو امره ان يشترى له هذا العبد ولم
يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المامور بالف وصدق البائع المامور فالقول
قول المامور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفى المسئلة
الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرناه وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين

البائع والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما بيع
فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا قول الامام ابي منصور وهو المعتبر والله اعلم بالصواب

فصل

في التوكيل بشراء نفس العبد **قال** واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بالف ودفعها
اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى لان بيع نفس العبد
منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه اذ لا يرجع عليه
الحقوق فصار كأنه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا اعقب الولاء وان بين للمولى فهو عبد
للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شراء
العبد نفسه لان المجاز فيه متعين واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى
المشتري الف مثله ثمنا للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الاداء وعلى الوكيل بشراء العبد من غيره
لا يشترط بيانه لان العقدين هنالك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد اما ههنا
فاحدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة
المحضة فلا بد من البيان ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا
ففعل فهو للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه
من حيث انه مال الا ان ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع لاستيفاء الثمن فاذا اضافه
الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر وان عقد لنفسه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة
والعبد وان كان وكيلا بشراء شيء معين لكنه اتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال
بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه

فصل في البيع **قال** والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا تقبل
شهادته له عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه

لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع
بنفسه لان ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة
مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة
فصار بيعا من نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف قال والوكيل بالبيع يجوز
بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه
ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها
والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية بزمان
الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء
من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الاب والوصي وله ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري
على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن او بالعين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم
من العين والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة على ما هو المروي عنه انه بيع من كل وجه حتى
ان من حلف لا يبيع يحنث به غير ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه
والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل
القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة فيه
متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء
بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امرأة باكثر
من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة
الوكيل بالبيع لانه يطلق العقد قال والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين
وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده لان التصرف يكثر وجوده

في الاول يقل وفي الاخير يتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف قال واذا وكله ببيع عبد

فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة رح لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع الا ترى انه

لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع النصف به اولى وقالا لا يجوز لانه غير متعارف لما فيه

من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال

بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين

انه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما

وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع

وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي

قبل رد الآمر البيع تبين انه وقع وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة

ان في الشراء تتحقق التهمة على ما مر وآخر ان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه

والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه التقييد والاطلاق قال ومن امر رجلا ببيع

عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي

ببينة او باباء يمين او باقراره فانه يرده على الآمر لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع

فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج وتاويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث

مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ او كان عيبا

لا يعرفه الا النساء او الاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها في الرد حتى لو كان

القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة قال

وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب

عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر قال فان كان ذلك باقرار لزم المامور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير

مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله
بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء باقرار والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم
بائعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية
القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث القصور
في الحجة لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم
الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصمه لما
ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين
الرد وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا قال ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد
فبعته بنسيئة وقال المامور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد
من جهته ولا دلالة على الاطلاق قال وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب
لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الاطلاق
بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط
الاطلاق فيه بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة
الى اي اجل كان عند ابي حنيفة رح وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم قال ومن امر رجلا
ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه
لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء
فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن
والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه

فصل

واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا
به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما

والبدل ان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري
قال الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء والرأي
يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة قال او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير
عوض او برد وديعة عنده او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض
وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما
لانه تفويض الى رأيهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره
بدخولهما قال وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برأيه
والناس متفاوتون في الآراء قال الا ان يأذن له الموكل لوجود الرضا او يقول له اعمل برأيك لاطلاق التفويض
الى رأيه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته
وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي قال فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته
جاز لان المقصود حضور رأي الاول وقد حضر وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه
فات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضر رأيه ولو قدر الاول
الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الرأي فيه يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف
ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في
الزيادة واختيار المشتري على ما بيناه اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم
الامر وهو التقدير في الثمن قال واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة
او باع او اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا ترى
ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل
شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة

والكفر يقطع الشفعة على المسلم فلا تفوض اليهما وقال ابو يوسف ومحمد المرتد اذا قتل على ردته
والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي في الولاية واما المرتد فتصرفه في ماله ان كان
نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة
وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل كان مسلما فيصح

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول انه رضي بخصومته والقبض
غير الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض
والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال
ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف
بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا يملك قال فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا
لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر قال والوكيل
بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة رح حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل
او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لان القبض غير الخصومة
وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضاء بالقبض رضاء بها ولابي حنيفة
انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفاء
لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد
بالعيب وهذه اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك والوكيل بالشراء
لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون خصما فيها قال والوكيل بقبض العين
لا يكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له فاقام الذي

وهو فی یده البینة علی ان الموکل باعه ایاه وقف الامر حتی یحضر الغائب وهذا استحسان والقیاس ان یدفع الی الوکیل لان البینة قامت لا علی خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم فی قصر یده لقیامه مقام الموکل فی القبض فیقتصر یده وان لم یثبت البیع حتی لو حضر الغائب تعاد البینة علی البیع فصار کما اذا اقام البینة علی ان الموکل عزله عن ذلک فانها تقبل فی قصر یده کذا هنا

قال وکذلک العتاق والطلاق وغیر ذلک معناه اذا اقامت المرأة البینة علی الطلاق والعبد والامة علی العتاق علی الوکیل بنقلهم تقبل فی قصر یده حتی یحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق

قال واذا اقر الوکیل بالخصومة علی موکله عند القاضی جاز اقراره علیه ولا یجوز عند غیر القاضی عند ابی حنیفة ومحمد استحسانا الا انه یخرج من الوکالة وقال ابو یوسف یجوز اقراره علیه وان اقر فی غیر مجلس القضاء وقال زفر والشافعی لا یجوز فی الوجهین وهو قول ابی یوسف اولا وهو القیاس لانه مامور بالخصومة وهی منازعة والاقرار یضاده لانه مسالمة والامر بالشیء لا یتناول ضده ولهذا لا یملک الصلح والابراء ویصح اذا استثنی الاقرار وکذا لو وکله بالجواب مطلقا یتقید بجواب هو خصومة لجریان العادة بذلک ولهذا یختار فیه الاهدی فالاهدی وجه الاستحسان ان التوکیل صحیح قطعا وصحته بتناوله ما یملکه قطعا وذلک مطلق الجواب دون احدهما عینا وطریق المجاز موجود علی ما نبینه ان شاء الله تعالی فیصرف الیه تحریا للصحة قطعا ولو استثنی الاقرار فعن ابی یوسف انه لا یصح لانه لا یملکه وعن محمد انه یصح لان للتنصیص زیادة دلالة علی ملکه ایاه وعند الاطلاق یحمل علی الاولی وعنه انه فصل بین الطالب والمطلوب ولم یصححه فی الثانی لکونه مجبورا علیه ویخیر الطالب فیه فبعد ذلک یقول ابو یوسف ان الوکیل قائم مقام الموکل واقراره لا یختص بمجلس القضاء فکذا اقرار نائبه وهما یقولان ان التوکیل یتناول جوابا یسمی خصومة حقیقة او مجازا والاقرار فی مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج فی مقابلة الخصومة او لانه سبب له لان الظاهر اتیانه بالمستحق وهو الجواب فی مجلس القضاء فیختص به لکن اذا اقیمت البینة

على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا
وصار كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليه قال ومن كفل بمال عن
رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا لان الوكيل من يعمل
لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة
لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئا نفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مأذون مديون
اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء وطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض
المال عن العبد كان باطلا لما بيناه قال ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم
الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله فان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه
الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه
فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته فلم يحصل
فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم
في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره قال الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان المأخوذ ثانيا مضمون عليه
في زعمهما وهذه كفالة اضيفت الى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان
الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه
لم يصدقه في الوكالة وانما دفعه اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه
على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا اظهر لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى
يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك
الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس عن غرضه ومن قال
اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه اقرار بمال الغير بخلاف الدين

ومن ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثاً له ولا وارث له غيره وصدقه المودع
امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه
اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حياً كان اقراراً
بملك الغير لانه من اهله فلا يصدق في دعوى البيع عليه قال فان وكل وكيلاً بقبض ماله فادعى الغريم
ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد ثبتت بالتصادق والاستيفاء
لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق قال ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف
الوكيل لانه نائبه قال وان وكله بعيب في جارية فادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى
يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل
اذا ظهر الخطاء عند نكوله وفي الثانية غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة و
ان ظهر الخطاء عند ابي حنيفة رح كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه
لا يفيد اما عندهما فالواجب ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما
لبطلان القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف رح ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري
لو كان حاضراً من غير دعوى البائع فينتظر للنظر قال ومن دفع الى رجل عشرة دراهم لينفقها على اهله فانفق
عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه في
فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعاً وقيل القياس
والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء واما الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه والله اعلم

باب عزل الوكيل

قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير
بان كان وكيلاً بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي

عقد الرهن قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان في العزل
اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد من مال الموكل ويسلم
المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الذي ذكرناه وقد ذكرنا اشتراط العدد
او العدالة في المخبر فلا نعيده قال وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه
بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد بطل
بهذه العوارض وشرط ان يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند
ابي يوسف اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار
كالميت وقال محمد حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور في
اللحاق قول ابي حنيفة لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او
لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل
على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت
او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف قال واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون
له ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان
بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان
هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال واذا مات الوكيل او جن
جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له
التصرف الا ان يعود مسلما قال وهذا عند محمد فاما عند ابي يوسف لا تعود الوكالة لمحمد ان
الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض اللحاق لتباين
الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابي يوسف انه اثبات ولاية التنفيذ

ولاية أصل التصرف بأهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالأموات وبطلت ولايته فلا تنفذ وكالته فإن عاد الموكل مسلماً وقد لحق بدار الحرب مرتداً لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد أنها تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق قال ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوهاً مثل أن يوكله بإعتاق عبده أو بكتابته فأعتقه أو كاتبه الموكل بنفسه أو يوكله بتزويج امرأة أو بشراء شيء ففعله بنفسه أو يوكله بطلاق فطلقها الزوج ثلثاً أو واحدة وانقضت عدتها أو بالخلع فخالعها بنفسه لأنه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وأبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه لأن الحاجة قد انقضت بخلاف ما إذا تزوجها الوكيل وأبانها له أن يزوجها الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء القاضي فعن أبي يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى لأن بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد له أن يبيعه مرة أخرى لأن الوكالة باقية لأنه إطلاق والعجز قد زال بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب ثانياً لأنه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة أما الرد بقضاء فبغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فإذا عاد إليه قديم ملكه كان له أن يبيعه والله أعلم

كتاب الدعوى

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق إلا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقاً بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك

بالظاهر وقال محمد في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشان في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان

قال ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا انكره وسنذكره ان شاء الله تعالى

قال وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة

قال وان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله انه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون

مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن ابي الليث رحمه الله انه
يجب ان يقول في يده بغير حق قال وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه به لما قلنا وهذا لان
صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به قال واذا
صحت الدعوى سأل القاضي المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم فان اعترف قضى عليه بها
لان الاقرار موجب بنفسه فيامره بالخروج عنه وان انكر سأل المدعي البينة لقوله عليه السلام
ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه
الاستحلاف قال فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه
عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه الا ترى كيف اضيف اليه بحرف اللام فلا بد من طلبه

باب اليمين

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رحمه الله معناه
حاضرة في المصر وقال ابو يوسف رحمه الله يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه به
يجيبه ولابي حنيفة رحمه الله ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا فلا يكون
حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد رحمه الله مع ابي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة
فيما ذكره الطحاوي رحمهما الله قال ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر
قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي رحمه الله
قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج اولى وقال الشافعي رحمه الله يقضى ببينة
ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق
او الاستيلاد او التدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهارا لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته
بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واختيه

وعلى الأول الثابت نصا قال واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول والزمه ما ادعى
عليه وقال الشافعي لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضى به لان النكول يحتمل التورع
عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي
دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة
للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه قال وينبغي للقاضي
ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلاثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار
لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء قال فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول وهذا
التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر فاما المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض
مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح والاول اولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا
بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس هو الصحيح قال وان كانت الدعوى
نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء
والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد يستحلف في ذلك كله
الا في الحدود واللعان وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى
لانه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول اقرار لانه
يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فكان اقرارا او بدلا عنه والاقرار يجري في هذه الاشياء
لكنه اقرار فيه شبهة فلا يعمل في الحدود واللعان في معنى الحد ولابي حنيفة انه بذل لان معه
لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا اولى كي لا يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري
في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا بذل لدفع الخصومة
فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه

حقاً للنفس والبذل معناه ههنا ترك المنع وأمر المال هين قال ويستحلف السارق فإن
نكل ضمن ولم يقطع لأن المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار

كما إذا شهد عليه رجل وامرأتان قال وإذا ادعت المرأة طلاقاً قبل الدخول استحلف الزوج فإن نكل
ضمن نصف المهر في قولهم جميعاً لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما إذا كان المقصود هو المال
وكذا في النكاح إذا ادعت هي الصداق لأن ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا
في النسب إذا ادعى حقاً كالإرث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لأن المقصود هذه
الحقوق وإنما يستحلف في النسب المجرد عندهما إذا كان يثبت بإقراره كالأب والابن في حق الرجل والأب
في حق المرأة لأن في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما قال ومن ادعى قصاصاً

على غيره فجحده استحلف بالإجماع ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وإن نكل في النفس حبس

حتى يحلف أو يقر وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا لزمه الأرش فيهما لأن النكول إقرار فيه شبهة
عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصاً إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه
كما إذا أقر بالخطأ والولي يدعي العمد ولأبي حنيفة رح أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فيجري
فيها البذل بخلاف الأنفس فإنه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان وهذا إعمال للبذل إلا أنه لا يباح
لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للأكلة وقلع السن للوجع وإذا امتنع

القصاص في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة قال وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة

قيل لخصمه أعطه كفيلاً بنفسك ثلاثة أيام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد
مر من قبل وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لأن فيه نظراً للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لأن
الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله فيصح التكفيل بإحضاره والتقدير
بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة رح وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير

ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي
غيب لا يكفل لعدم الفائدة قال فان فعل والا امر بملازمته كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا فيلازمه
مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة
زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها
في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى **فصل في كيفية اليمين والاستحلاف** **قال** واليمين بالله دون غيره
لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وقال عليه السلام من حلف بغير الله فقد
اشرك وقد تؤكد بذكر اوصافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة
هو الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك
هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وللقاضي ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص منه الا
انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين واحدة والقاضي بالخيار ان شاء غلظ وان شاء لم يغلظ
فيقول قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون
الحقير **قال** ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف
بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق **قال** ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل
التوراة على موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام لقوله صلى الله عليه
وآله وسلم لابن صوريا الاعور انشدك بالله الذي انزل التوراة على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا ولان
اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني نبوة عيسى عليه السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه
ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد في الاصل ويروى عن ابي حنيفة انه لا يستحلف احدا
الا بالله خالصا وذكر الخصاف انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض
مشايخنا لان في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي ان تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمة

والوثني لا يحلف الا بالله لان الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم
من خلق السموات والارض ليقولن الله قال ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لان القاضي لا يحضرها
بل هو ممنوع عن ذلك قال ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم
به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع قال ومن ادعى
انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله
ما بعت لانه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا
بالله ما غصبت لانه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال
لانه قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا
بالله ما طلقها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف
على السبب يتضرر المدعى عليه هذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اما على قول ابي يوسف يحلف في جميع ذلك
على السبب الا اذا عرض المدعى عليه بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه
ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا
يرتفع برافع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان
تدعي مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها لانه لو حلف
على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وان كان سببا لا يرتفع برافع
فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لانه
يتكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد واللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم قال ومن ورث
عبدا وادعاه آخر يستحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف
على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة قال ومن ادعى على آخر

١٤٥

مالا فافتدى يمينه او صالحه منها على عشرة دراهم فهو جائز وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه وليس له ان يستحلف على تلك اليمين ابدا لانه اسقط حقه

باب التحالف

واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف البائع من المبيع وادعى المشتري اكثر منه فاقام احدهما البينة قضي له بها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكرها والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفى بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا قال ويبتدئ بيمين المشتري وهذا قول محمد وابي يوسف آخرا ورواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح لان المشتري اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن ولانه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف يقول اولا يبدأ بيمين البائع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر واقل فائدته التقديم

ف في رواية ابن ماجه والدارمي والطبراني اذا اختلف البيعان والمبيع قائم بعينه وليس بينهما بينة فالقول ما قال البائع او يترادان كذا في المشكوة ١٢ قمر الاقمار

١٤٧

وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن بدأ القاضي بيمين ايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين
ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات يحلف بالله
ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم
الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة
بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا قال فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ
بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا
للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد
قال وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى
الآخر فلزم القول بثبوته قال وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا
تحالف بينهما لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان
بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن او جنسه حيث يكون بمنزلة
الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف
ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه قال والقول قول من ينكر
الخيار والاجل مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض قال فان هلك المبيع
ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف والقول قول المشتري وقال محمد يتحالفان وينفسخ
البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده
بعيب لهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره وانه يفيد دفع
زيادة الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف
ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لانه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في

حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن
معناه ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة
دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان لان المبيع في
احد الجانبين قائم فيتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن

له مثل قال وان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة الا ان يرضى البائع
ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة
الا ان يشاء البائع ان ياخذ العبد الحي ولا شيء له من قيمة الهالك وقال ابو يوسف يتحالفان
في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد يتحالفان عليهما ويرد الحي
وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى ولابي يوسف ان
امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابي حنيفة ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة
وهي اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا
على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة على القيمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى
التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك اصلا لانه حينئذ
يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان وهذا تخريج بعض المشائخ
ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله في الجامع الصغير ياخذ الحي
ولا شيء له معناه لا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشائخ ياخذ من ثمن الهالك
بقدر ما اقر به المشتري وانما لا ياخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري
لا الى التحالف لانه لما اخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير التحالف
على قول محمد ما بيناه في القائم واذا حلفا ولم يتفقا على شيء فادعى احدهما الفسخ او كلاهما

يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره
على قول ابي يوسف والصحيح انه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه
دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى
المشتري وان حلفا يفسخان البيع في القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك
ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع وايهما اقام
البينة تقبل بينته وان اقاماها فبينة البائع اولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل اشترى عبدين
وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده
وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري
يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر وان اقاما البينة فبينة البائع
اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه وهو ان في الايمان يعتبر الحقيقة لانها
تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبنى الامر عليها والبائع منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله
وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشهود لا يعلمون حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهم والبائع مدع ظاهرا
فلهذا تقبل بينته ايضا وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول
ابي يوسف **قال** ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول
ونحن ما اثبتنا التحالف فيه بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس
لان المسألة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض
والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري ولو قبض البائع المبيع
بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا

قال ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود

السلم لان لا اقالة في باب السلم لاحتمل المنفسخ لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع لان
رأس مال السلم لو كان عرضاً فرده بالعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك
في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما قال واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها
بالف وقالت تزوجتني بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة فان اقاما
البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته
وان لم تكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة رح ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام
التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على
ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضى بما قال الزوج
لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضى بما ادعته المرأة وان كان مهر المثل
اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت
الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال رض ذكر التحالف اولاً ثم التحكيم وهذا قول الكرخي رح
لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها
ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رح تعجيلاً لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه
وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف رح فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد
والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل
يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة وان اختلفا في الاجارة قبل
استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل او في المبدل لان التحالف في البيع قبل القبض
على وفاق القياس على ما مر والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة وان وقع
الاختلاف في الاجرة يبدأ بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الاجرة وان وقع في المنفعة يبدأ بيمين المؤجر

فأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه وأيهما أقام البينة قبلت ولو أقاماها فبينة المؤجر أولى

إن كان الاختلاف في الأجر وإن كان في المنافع فبينة المستأجر أولى وإن كان فيهما قبلت بينة كل واحد

منهما فيما يدعيه من الفضل نحو أن يدعي هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين

بعشرة قال وإن اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر وهذا عند أبي حنيفة

وأبي يوسف ظاهر لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على أصل محمد لأن الهلاك

إنما يمنع عنده في المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف ههنا

وفسخ العقد فلا قيمة لأن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين أنه لا عقد وإذا امتنع فالقول

للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد

فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر لأن العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير كل جزء من المنفعة

كأنه ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال

وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو

قول الشافعي لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع والجامع أن المولى يدعي بدلا زائدا

ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما

إذا اختلفا في الثمن ولأبي حنيفة أن البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وإنما

ينقلب مقابلا بالعتق عند الأداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال وإذا اختلف

الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة لأن الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمرأة

كالوقاية لشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في

الدعاوي لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لأنه يعارضه ظاهر أقوى منه ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف

في حال قيام النكاح وبعدما وقعت الفرقة فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال

والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال
ابو يوسف رحمه الله يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي
بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق
والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رحمه الله ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون
لهما فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفة رحمه الله والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث
وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحياة لان يد الحر اقوى وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت
يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر
لان لهما يدا معتبرة في الخصومات

فصل فيمن لا يكون خصما

واذا قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه
فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا
اذا قال آجرنيه واقام البينة لانه اثبت بالبينة ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة
لا تندفع لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى
البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت
وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل ولا تندفع بدون اقامة البينة
كما قاله ابن ابي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بحجة كما
اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف رحمه الله آخرا ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا وان كان معروفا
بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود
فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله قال ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه
الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى معين يمكن المدعي من اتباعه فلو اندفعت
لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد رحمه الله للوجه الثاني

وعند ابي حنيفة رحمه الله تندفع لانه اثبت ببينته ان العين وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه
الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم يكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه
حيث نسي خصمه او اضر شهوده دون المدعى عليه وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى
وقد ذكرنا الاقوال الخمسة وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف
بكونه خصما وان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة
على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه
باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل وان قال المدعي سُرق مني وقال
صاحب اليد اودعنيه فلان واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف
وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غُصب مني على
ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه
درءا للحد شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه
فلا يحترز عن كشفه واذا قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت
الخصومة بغير بينة لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى ذي اليد من جهته
فلم تكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته كونه احق بامساكها

باب ما يدعيه الرجلان

قال واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي بها بينهما
قال الشافعي رحمه الله في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين
في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فيتهاتران او يصار الى القرعة لان النبي عليه السلام اقرع
فيه وقال اللهم انت تحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة ان رجلين اختصما الى رسول الله

١٥٣

١٥٤

صلى الله عليه وآله وسلم في ناقة واقام كل واحد منهما بينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة

كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما يحتمل الوجود بان يعتمد

احدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف

اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق قال فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة

واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك قال ويرجع الى

تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم توقت البينتان فاما اذا وقتتا

فصاحب الوقت الاول اولى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما فان اقام الآخر

البينة قضى بها لان البينة اقوى من الاقرار ولو تفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة

وقضى بها القاضي ثم ادعى آخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو

دونه الا ان يوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطأ في الاول بيقين وكذا اذا كانت المرأة في

يد الزوج ونكاحه ظاهر لا يقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما

انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد واقاما بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء

اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء تركه لان القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب

فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل واجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما لانه

تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن وان قضى القاضي

بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للآخر ان يأخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه في النصف

فانفسخ البيع فيه وهذا لانه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال

ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم يفسخ سببه والعود الى النصف

للمزاحمة ولم يوجد ونظيره تسليم احد الشفيعين قبل القضاء ونظير الاول تسليمه بعد القضاء ولو ذكر

كل واحد منهما تاريخاً فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع
الآخر به ولو وقتت احدهما ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل
الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخاً ومع احدهما قبض فهو اولى و
معناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا في الاثبات
فلا تنقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الآخر وقتاً لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل شراء
صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة قال وان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضاً معناه من واحد
واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه
يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا
والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح
باللزوم لانه يرجع الى المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما
يحتملها عند البعض لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع
قال واذا ادعى احدهما الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة فان
كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابي يوسف وقال محمد الشراء اولى ولها على الزوج القيمة
لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء اذ التزوج على عين مملوكة للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه وان
ادعى احدهما رهناً وقبضاً والآخر هبة وقبضاً واقاما بينة فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها
تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان
اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة و
معنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض وان اقام الخارجان البينة
على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك

جهته ولم يتلق الآخر منه قال ولو ادعيا الشراء من واحد معناه من غير صاحب اليد واقاما البينة على
تاريخين فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه وان اقام كل واحد منهما البينة على
الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير
كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضي بينهما نصفين
لان توقيت احداهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا
على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء
غيره ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع
الصدقة والقبض من آخر قضي بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كانهم حضروا و
اقاموا البينة على الملك المطلق قال فان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على ملك اقدم
تاريخا كان اولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه انه لا تقبل بينة
ذي اليد رجع اليه لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر سواء
ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره
بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الاختلاف لو كانت الدار في
ايديهما والمعنى ما بينا ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقتت احداهما دون الاخرى
فعلى قول ابي حنيفة ومحمد الخارج اولى وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولى لانه
اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احداهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد انما
تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته وعلى هذا اذا كانت
الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث والمسألة بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف الذي وقت
اولى وقال محمد الذي اطلق اولى لانه ادعى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض

ولأبي يوسف أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والإطلاق يحتمل غير الأولية والترجيح باليقين كما لو ادعيا الشراء ولأبي حنيفة أن التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فيسقط اعتباره فصار كما إذا أقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لأنه أمر حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ قال وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى لأن البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن أبان أنه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل وأقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة إقامتها على النتاج في يد نفسه

ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان لأن بينته قامت على أولية الملك فلا يثبت الملك للآخر إلا بالتلقي من جهته وكذلك إذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج أولى لما ذكرنا ولو قضي بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له إلا أن يعيدها ذو اليد لأن الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء به لأنه بمنزلة النص والأول بمنزلة الاجتهاد قال وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لأنه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف وإن كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة لأنهم أعرف به فإن أشكل عليهم قضي به للخارج لأن القضاء ببينته هو الأصل والعدول عنه بخبر النتاج فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل قال وإن أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد أولى لأن الأول إن كان يثبت أولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي فصار كما إذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه قال وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد

قال رحمه الله وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعلى قول محمد رحمه الله يقضى بالبينتين ويكون لصاحب اليد لان الجمع بينهما ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع ولم يسلم لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رحمه الله للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد رحمه الله لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول وان وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد رحمه الله يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كأنه اشترى ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر

قال وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف

قال واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف بينهما وقالا هي بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم اثلاثا ولهذه المسألة نظائر واضداد لا يحتملها هذا

وقد ذكرناها في الزيادات قال ولو كانت في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء
ونصفها لا على وجه القضاء لانه خارج في النصف فيقضي ببينته والنصف الذي في يد صاحبه
لا يدعيه لان مدعي النصف مدعاه في يده سالم له ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه
ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده قال واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما بينة انها
نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان الحال تشهد له فيترجح
وان اشكل ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كانهما لم يذكرا تاريخا وان خالف سن
الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم الشهيد لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد
من كانت في يده قال واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والآخر بوديعة
فهو بينهما لاستوائهما **فصل في التنازع بالايدي** قال واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والآخر
متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج
والآخر رديفه فالراكب في السرج اولى بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما في
التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف
وكذا اذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما
تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما معناه لا على
طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا قال واذا كان ثوب في يد رجل وطرف
منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق
قال واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد
نفسه ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق
وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها

بمنزلة متاع جعل فيها اذا كان يعلم فلو كبر وادعى الحرية يكون القول قوله لانه ظهر الرق

في حال صغره قال واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي فهو

لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليست بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق

فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن

جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض

بنائه على بعض هذا الحائط وقوله الهرادي ليست بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا

وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس

للآخر عليه شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما

ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلثة

وللآخر موضع جذعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب الى

الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس ان يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة

في نفس الحجة وجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته وجه الاول ان الحائط يبنى لوضع كثير

الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس

بحجة في استحقاق يده ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فالاول اولى ويروى ان الثاني اولى

وجه الاول ان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى وجه الثاني ان

الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم

يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني قال واذا كانت دار

منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها

وهو المرور فيها قال واذا ادعى رجلان ارضا يعني يدعي كل واحد منهما انها في يده لم يقض

اتفاقاً بيد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد فيها غير مشاهدة
لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته وان اقام احدهما البينة جعلت
في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا فلا تكون
لاحدهما من غير حجة وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها

باب دعوى النسب

واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع
فهو ابن للبائع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رح دعوته باطلة لان البيع اعتراف
منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضاً ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان ان اتصال العلوق
بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه
التناقض واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان
بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعده فدعوة
البائع اولى لانها اسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد وان جاءت به لاكثر
من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقناً وهو الشاهد
والحجة الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا
ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله
وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه الا
ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه ثبت
النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسألة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك فان مات الولد فادعاه البائع
[illegible] وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته

فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت
النسب في الولد واخذه البائع لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد
اصلا لانها تضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها
والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة وقالا
يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده ومالية ام الولد غير متقومة عنده في
العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها وفي الجامع الصغير اذا حبلت الجارية في ملك
رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته
من الثمن ولو كان المشتري اعتق الولد فدعوته باطلة ووجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة
له على ما مر وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته
في الاصل وهو الولد وليس من ضرورته كما في ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها وكما في المستولدة
بالنكاح وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وانما كان الاعتاق مانعا
لانه لا يحتمل النقض كحق استحقاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من
المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة
والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله في الفصل الاول يرد
عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قال ومن باع عبدا ولد
عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقض وما له من حق الدعوة
لا يحتمله فينتقض البيع لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت
الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينتقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر
وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت

المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه **قال** ومن ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما منه

لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وهذا لان التوأمين ولدان

بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا لانه لا حبل لاقل من ستة

اشهر وفي الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع

الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة

ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه ثبت به حرية الاصل فيثبت نسب الآخر وحرية الاصل فيه

ضرورة لانهما توأمان فتبين ان عتق المشتري وشراءه لاقى حر الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان

الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع وههنا ثبت تبعا لحريته

فيه حرية الاصل فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينقض

البيع فيما باع لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته **قال** واذا كان الصبي في يد رجل

فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون ابنه وهذا عند

ابي حنيفة رح وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم

ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار ارتد برد العبد فصار كأن لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان

لا يحتمل النقض الا ترى انه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري

فكذبه البائع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف

ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه

من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه ولابي حنيفة ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد

فبقي فيمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق

حق المقر له على اعتبار تصديقه حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا

١٦٤

يرد للمقر له ومسألة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل بالاعتراض كما في جر الولاء من جانب
الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو اقوى وهو دعوى المشتري فيبطل به بخلاف النسب
على ما مر وهذا يصلح مخرجا على اصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه
بما ذكرناه بالنسب لغيره **قال** واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي
فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا اوفر
لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا
وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى
ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين **قال** واذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد
امرأة على الولادة ومعنى المسألة ان تكون المرأة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق
الا بحجة بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد
اما النسب فيثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت
معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة وقد مر في الطلاق وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت
النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها
الزوج فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة لانه التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في
ايديهما وزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما
او لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب
في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون بينهما لان هناك
يبطل المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وههنا لا يبطل لان النسب لا يحتمل الشركة **قال** ومن اشترى
جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم لانه ولد المغرور فان الغرور

١٦٥

من يطأ امرأة معتمداً على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق فان الولد ولد المغرور وهو حر بالقيمة باجماع الصحابة رض ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقاً في حق مدعيه نظراً لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلهذا تعتبر قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع ولو مات الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالاً لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه ولو قتله الاب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حياً ويرجع بقيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع والله اعلم

كتاب الاقرار

قال واذا اقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه اقراره مجهولاً كان ما اقر به او معلوماً اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ماعزاً الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقاً فان العبد المأذون له وان كان ملحقاً بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص لان اقراره عهد موجباً لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون له لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه مبقى على اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي مأذوناً له لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولاً بان اتلف مالاً لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة

في المقر له لأن المجهول لا يصلح مستحقاً ويقال له بيّن المجهول لأن التجهيل من جهته فصار كما إذا أعتق أحد
عبديه فإن لم يبيّن أجبره القاضي على البيان لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره وذلك بالبيان قال
فإن قال لفلان عليّ شيء لزمه أن يبيّن ما له قيمة لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فإذا بيّن
غير ذلك يكون رجوعاً قال والقول قوله مع يمينه إن ادّعى المقر له أكثر من ذلك لأنه هو المنكر فيه وكذا إذا قال
لفلان عليّ حق لما بيّنا وكذا لو قال غصبت منه شيئاً ويجب أن يبيّن ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلاً
على العادة ولو قال لفلان عليّ مال فالمرجع إليه في بيانه لأنه هو المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير لأن كل
ذلك مال فإنه اسم لما يتموّل به إلا أنه لا يصدق في أقل من درهم لأنه لا يعدّ مالاً عرفاً ولو قال مال عظيم لم يصدق
في أقل من مائتي درهم لأنه أقر بمال موصوف فلا يجوز إلغاء الوصف والنصاب مال عظيم حتى اعتبر صاحبه غنياً
به والغني عظيم عند الناس وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لأنه عظيم حيث
يقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا إذا قال من الدراهم أما إذا قال من الدنانير فالتقدير
فيها بالعشرين وفي الإبل بخمس وعشرين لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب ولو قال
أموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من جنس ما سماه اعتباراً لأدنى الجمع ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في أقل
من عشرة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لم يصدق في أقل من مائتين لأن صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه
مواساة غيره بخلاف ما دونه وله أن العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال
أحد عشر درهماً فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ فينصرف إليه ولو قال دراهم فهي ثلاثة لأنها أقل الجمع
الصحيح إلا أن يبيّن أكثر منها لأن اللفظ يحتمله وينصرف إلى الوزن المعتاد ولو قال كذا كذا درهماً لم يصدق
في أقل من أحد عشر درهماً لأنه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد
عشر ولو قال كذا وكذا لم يصدق في أقل من أحد وعشرين لأنه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف وأقل
ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهماً فهو درهم لأنه تفسير للمبهم

وإن ثلث كذا بغير واو فأحد عشر لأنه لا نظير له سواه وإن ثلث بالواو فمائة وأحد وعشرون وإن ربع
يزاد عليها ألف لأن ذلك نظيره. قال: وإن قال له علي أو قبلي فقد أقر بالدين لأن علي صيغة إيجاب وقبلي
ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة. ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق لأن اللفظ يحتمله مجازا
حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا. قال: وفي بعض نسخ المختصر
في قوله قبلي أنه إقرار بالأمانة لأن اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان إبراء عن
الضمان والأمانة جميعا والأمانة أقلهما والأول أصح. ولو قال عندي أو معي أو في بيتي أو في كيسي أو في صندوقي
فهو إقرار بأمانة في يده لأن كل ذلك إقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع إلى مضمون وأمانة فيثبت
أقلهما. ولو قال له رجل لي عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلني بها أو قد قضيتكها فهو
إقرار لأن الهاء في الأول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فكأنه قال اتزن الألف التي لك علي حتى لو لم يذكر
حرف الكناية لا يكون إقرارا لعدم انصرافه إلى المذكور، والتأجيل إنما يكون في حق واجب، والقضاء يتلو الوجوب،
ودعوى الإبراء كالقضاء لما بينا، وكذا دعوى الصدقة والهبة لأن التمليك يقتضي سابقة الوجوب
وكذا لو قال أحلتك بها على فلان لأنه تحويل الدين. قال: ومن أقر بدين مؤجل فصدقه المقر له
في الدين وكذبه في التأجيل لزمه الدين حالا لأنه أقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه فصار
كما إذا أقر بعبد في يده وادعى الإجارة، بخلاف الإقرار بالدراهم السود لأنه صفة فيه وقد مرت المسألة
في الكفالة. قال: ويستحلف المقر له على الأجل لأنه منكر حقا عليه واليمين على المنكر. وإن قال له علي
مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة إليه وهو
القياس في الأول وبه قال الشافعي لأن المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة
لا تفسيرا لها فبقيت المائة على إبهامها كما في الفصل الثاني. وجه الاستحسان وهو الفرق أنهم استثقلوا
تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند

الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون اما الثياب وما لا يكال ولا

يوزن فلا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة

وثلثة اثواب لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف

فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكان كلها ثيابا قال ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه

التمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء

وظرف له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة

والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا

بغصب المنزوع قال ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون

بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف وعلى قياس قول محمد يضمنهما ومثله الطعام في البيت قال ومن

اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل الكل ومن اقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل

لان الاسم ينطوي على الكل ومن اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت ثوبا

في منديل لزماه جميعا لانه ظرف لان الثوب يلف فيه وكذا لو قال على ثوب في ثوب لانه ظرف بخلاف قوله

درهم في درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند

ابي يوسف وقال محمد لزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على

الظرف ولابي يوسف ان حرف في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي

اي بين عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب موعى ليس بوعاء فتعذر حمله على

الظرف فتعين حمله على البين ولو قال لفلان على خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة لان

الضرب لا يكثر المال وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة

لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له على من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند

فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان وقال زفر
يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما
وليس له من الحائطين شيء وقد مرت الدلائل في الطلاق فصل ومن قال لحمل فلانة علي الف
درهم فان قال اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له
ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه وان جاءت به ميتا فالمال
للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثتهما لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة
ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه
لانه بين مستحيلا قال وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف وقال محمد يصح لان
الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف ان الاقرار مطلقه
ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون واحد المتفاوضين عليه فيصير
كما اذا صرح به قال ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا
وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه قال ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار
للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم تنعدم بهذا الشرط الباطل

باب الاستثناء

وما في معناه قال ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء
مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه
الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق
ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز
عند ابي حنيفة وابي يوسف ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد لا يصح

فيهما وقال الشافعي رح يصح فيهما لانهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق

في خلاف الجنس وللشافعي رح انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة ثابتة من حيث الثمنية

وهذا في الدينار ظاهر والمكيل والموزون اوصافهما اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب

بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى من

الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح قال ومن

اقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لا يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال

او تعليق فان كان الاول فقد ابطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط

لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر

او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة فيكون تاجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل

يكون المال حالا قال ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء

داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة في البستان

نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه

داخل فيه لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن

البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة

ارضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار ولو قال له

علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت

فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال هذا على وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم

العبد وجوابه ما ذكرنا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك

ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب

المقصود ولنا الثالث أن يقول العبد عبدك ما بعتكه وحكمه أن لا يلزم المقر شيء لأنه ما أقر بالألف

إلا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك إنما بعتك غيره يتحالفان لأن المقر يدعي تسليم

من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه الألف ببيع غيره والآخر ينكر فإذا تحالفا بطل ذلك

وهذا إذا ذكر عبدا بعينه وإن قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الألف ولا يصدق في قوله

ما قبضت عند أبي حنيفة رحمه الله وصل أم فصل لأنه رجوع فإنه أقر بوجوب المال رجوعا إلى كلمة على

وإنكاره القبض في غير العين ينافي الوجوب أصلا لأن الجهالة مقارنة كانت أو طارئة بأن اشترى

عبدا ثم نسياه عند الاختلاف بأمثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن وإذا كان كذلك كان

رجوعا فلا يصح وإن كان موصولا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن وصل صدق ولم يلزمه شيء وإن فصل

لم يصدق إذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد وإن أقر أنه باعه متاعا فالقول قول المقر

ووجه ذلك أنه أقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فإن وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد

الوجوب إلا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وإن كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا

لأن صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا

لا مفصولا ولو قال ابتعت منه عينا إلا أني لم أقبضه فالقول قوله بالإجماع لأنه ليس من ضرورة البيع

القبض بخلاف الإقرار بوجوب الثمن قال وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير ومعنى المسألة إذا قال لفلان

علي ألف درهم من ثمن الخمر والخنزير لزمه الألف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة رحمه الله وصل أم فصل لأنه

رجوع لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا وأول كلامه للوجوب وعندهما إذا وصل لا يلزمه شيء لأنه بين بآخر كلامه

أنه ما أراد به الإيجاب وصار كما إذا قال في آخره إن شاء الله قلنا ذلك تعليق وهذا إبطال ولو قال له

علي ألف درهم من ثمن متاع وقال هي زيوف أو نبهرجة وقال المقر له جياد

لزمه الجياد في قول أبي حنيفة رحمه الله وقالا إن قال موصولا يصدق وإن قال مفصولا لا يصدق وعلى هذا

الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان
علي الف درهم زيوف من ثمن متاع وعندهما انه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان
اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا
من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة رح ان هذا رجوع لان مطلق العقد
يقتضي وصف السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما اذا قال
بعتكه معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست
من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار
بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما اذا قال علي كر حنطة
من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن
ابي حنيفة رح في غير رواية الاصول انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد
يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد فانصرف مطلقه اليها ولو قال لفلان علي الف درهم
زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق في الفصل لان مطلق
الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم ولو قال اغتصبت منه الفا
او قال اودعني ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع
ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيانا للنوع فيصح وان فصل ولهذا لو جاء راد المغصوب
والوديعة بالمعيب كان القول له وعن ابي يوسف رح انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض
فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة او رصاص بعد ما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل
لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل
وان قال في هذا كله الفا ثم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق لان هذا استثناء المقدار

١٧٣

والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لانها وصف واستثناء الاوصاف لا يصح والاستثناء يتصرف في اللفظ ويتناول

المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع نفسه فعن

ابي يوسف رحمه الله انه يصدق اذا وصل لعدم امكان الاحتراز عنه ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب

لا يختص بالسليم ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل اخذتها غصبا

فهو ضامن وان قال اعطيتنيها وديعة فقال لا بل غصبتنيها لم يضمن والفرق ان في الفصل الاول اقر

بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره فيكون القول له مع اليمين وفي

الثاني اضاف الفعل الى غيره وذلك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول للمنكر

مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال قائل الاعطاء والدفع اليه يكون بالتخلية

فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولا يقتضي ذلك القبض فالمقتضي ثابت ضرورة فلا يظهر في

انعقاده سببا للضمان وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون

القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هنالك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعي سبب

الضمان وهو القرض والآخر ينكر فافترقا فان قال هذه الالف كانت وديعة لي عند فلان فاخذتها

منه فقال فلان هي لي فانه ياخذها لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر

والقول قول المنكر ولو قال آجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها او قال آجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده

وقال فلان كذبت وهما لي فالقول قوله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول الذي اخذ منه

الدابة والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاعارة والاسكان ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم

ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة

ووجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود

عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقرارا له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان

اليد فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه آخر ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك في مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة واختاها لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر وهو الاجارة في كتاب الاقرار ايضا وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما ههنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض وبنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر لا بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط هذا القميص بنصف درهم ثم قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر انه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم وقال الشافعي دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء

ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو
بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وفي حال الصحة لم يتعلق
حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة
لانه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة الاطلاق وهذه حالة عجز فيفترقان وانما تقدم
المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له وذلك مثل بدل مال ملكه او استهلكه
وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر
لما بينا ولو اقر بعين في يده لآخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض ان يقضي دين
بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء
الا اذا قضى ما استقرض في مرضه او نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة قال فاذا قضيت
يعني الديون المتقدمة وفضل شيء يصرف الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق
غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته قال فان لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره لانه
لم يتضمن ابطال حق الغير وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه
في جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ
ولهذا تقدم حاجته في التكفين قال ولو اقر المريض لوارثه لا يصح الا ان يصدقه فيه بقية الورثة
وقال الشافعي في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث
آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق
حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان
حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في
الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر

في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوا فقد ابطلوه
فيصح اقراره وان اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا والقياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع
قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين
ثم وثم حتى يأتي على الكل **قال** ومن اقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره له
فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها ووجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق
فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره لاجنبية **قال**
ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم اقر لها بدين ومات فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه لانهما
متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود للوارث فلعله اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها
زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت **فصل** ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له
نسب معروف انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح
اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع
ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذ المسألة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر
من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه
صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته **قال** ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقر بما يلزمه
وليس فيه تحميل النسب على الغير ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد لان فيه
تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او تشهد بولادته
قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب
الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت
وكذا يصح تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه

وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يحل له غسلها عندنا ولا يصح التصديق
على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول
الاقرار قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب
على الغير فان كان له وارث معروف قريب او بعيد فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه
منه لا يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف في مال
نفسه عند عدم الوارث الا ترى ان له ان يوصي بجميعه عند عدم الوارث فيستحق جميع المال وان لم يثبت
نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير فليست هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لآخر
بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى
لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر وراثته ثم اوصى بماله كله لانسان كان المال للموصى له
ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار قال ومن مات ابوه فاقر
باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا ويشاركه في الميراث لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير
ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق
لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق قال ومن مات وترك ابنين
وله على آخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون لان هذا
اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه
كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر
لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى

كتاب الصلح

قال الصلح على ثلاثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع

انكار وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين
الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا وهذا بهذه
الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه يدفع المال
لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة ولنا ما تلونا واول ما روينا وتأويل آخره احل حراما لعينه
كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى
بجوازه لان المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه
وهذا مشروع ايضا اذ المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز قال فان وقع الصلح
عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال
بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما فتجري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت
فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده جهالة البدل لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح
عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود
معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح
بموت احدهما في المدة لانه اجارة والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق
المدعي لمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين
وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك
قال واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة معناه اذا كان عن انكار او سكوت منه لانه يأخذها على اصل
حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث
يجب فيها الشفعة لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة باقراره وان
كان المدعى عليه يكذبه قال واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه

بحصته ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا وان وقع
الصلح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه
ما بذل العوض الا ليدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين انه لا خصومة له
فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة
فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح
عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى
في كله او بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل فيه هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه
على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد
يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين قال

وان ادعى حقا في دار لم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لان دعواه
يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع
بكله عليه وقد مر منا في البيوع ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من
عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه احد امرين اما ان يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما
بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي **فصل** والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع على ما مر وعن دعوى
المنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها
به احتيالا لتصحيح تصرف العاقد ما امكن **قال** ويصح عن جناية العمد والخطأ اما الاول فلقوله تعالى فمن
عفي له من اخيه شيء فاتباع الآية قال ابن عباس رضي الله عنهما انها نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما يصلح
مسمى فيه يصلح ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية ههنا يصار الى الدية
لانها موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل

في الفصلين لانه الواجب اصلا ويجب مع السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس وما دونها وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك اما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانه يبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه وفي بطلان الكفالة روايتان على ما عرف في موضعه اما الثاني وهو جناية الخطأ فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا انه لا يصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على احد مقادير الدية اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين قال ولا يجوز الصلح من دعوى حد لانه حق الله تعالى لا حقه ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها لانه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما اشرعه الى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل في اطلاق الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع قال واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لانه امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بدلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له ان يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه قال وان ادعت امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز قال رضي الله عنه هكذا ذكره في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها ووجه الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة

وان لم يصح فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح قال وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال لانه امكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى اجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء له لانكار العبد الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء قال واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له ان يصالح عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالح عنه جاز لان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيها بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالاجنبي اما عبده فمن تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وهذا لان المستحق كالزائل عن ملكه وهذا يشتريه فيملكه قال ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة وقالا يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لان الواجب هو القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة ولابي حنيفة ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك اخذ القيمة يكون الكفن عليه او حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة

قال واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر على اكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على عروض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل
وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين
لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه لانه
حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع
فيرجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل قال وان صالح عنه رجل بغير امره
فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها الاجنبي
والمدعى عليه سواء فصلح اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على
المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى وانما ذلك للذي في
يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا او منكرا وكذلك لو قال صالحتك
على الفي هذه او عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمه لانه لما اضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح
وكذلك لو قال على الف وسلمها لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده ولو قال صالحتك على
الف فالعقد موقوف فان اجازه المدعى عليه جاز ولزمه الالف وان لم يجز بطل لان الاصل في العقد هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له
الا ان الفضولي يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال
ووجه آخر ان يقول صالحتك على هذا الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم
صار شارطا سلامته له فيتم بقبوله ولو استحق العبد او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم
الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم يرجع بدعواه بخلاف
ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت او وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل
نفسه اصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببدله

باب الصلح في الدين

قال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على
انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه كمن له على آخر الف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر
الف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز فكانه ابرءه عن بعض حقه وهذا لان تصرف العاقل
يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في
المسئلة الاولى وللبعض والصفة في الثانية ولو صالح على الف مؤجلة جاز وكانه اجل نفس الحق
لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التاخير ولو صالحه
على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التاخير
ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح ولو كانت له الف مؤجلة
فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه
عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام وان كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض
غير مستحقة بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو
ربوا بخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود لانه اسقاط بعض حقه قدرا ووصفا وبخلاف ما اذا
صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط
القبض في المجلس ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او الى شهر صح الصلح
لانه امكن ان يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتاجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد
او لان معنى الاسقاط فيه الزم قال ومن له على آخر الف درهم فقال اد الي غدا منها خمسمائة على انك
بريء من الفضل ففعل فهو بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف لا يعود عليه لانه ابراء مطلق الا ترى انه جعل اداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء
لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا بدء

بالابراء لانه ما اتى هنا ابراءً مقيدًا بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ باداء الخمسمائة في الغد وانه

يصلح غرضًا حذار افلاسه وتوسلًا الى تجارة اربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط

لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحًا لتصرفه او لانه متعارف والابراء

مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كالحوالة وستخرج البداية بالابراء ان شاء الله تعالى قال رضي الله عنه وهذه

المسئلة على وجوه احدها ما ذكرناه والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الى غدا وانت بريء

من الفضل على انك ان لم تدفعها الى غدا فالالف عليك على حاله وجوابه ان الامر على ما قال لانه اتى بصريح التقييد

فيعمل به والثالث اذا قال ابرأتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني الخمسمائة غدا فالابراء فيه واقع اعطى

الخمسمائة او لم يعط لانه اطلق الابراء اولا واداء الخمسمائة لا يصلح عوضًا مطلقًا ولكنه يصلح شرطًا فوقع الشك

في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونًا به فمن حيث

انه لا يصلح عوضًا يقع مطلقًا ومن حيث انه يصلح شرطًا لا يقع مطلقًا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا

والرابع اذا قال اد الى خمسمائة على انك بريء من الفضل ولم يوقت للاداء وقتًا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود

الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما لم يوقت للاداء وقتًا لا يكون الاداء غرضًا صحيحًا لانه واجب عليه

في مطلق الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضًا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد

غرض صحيح والخامس اذا قال ان اديت الى خمسمائة او قال اذا اديت او متى اديت فالجواب فيه انه لا يصح

الابراء لانه علقه بالشرط صريحًا وتعليق البراءة بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى

ترتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد قال ومن قال لآخر لا اقر لك

بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل جاز عليه لانه ليس بمكره ومعنى المسئلة اذا قال

ذلك سرًا اما اذا قال علانية يؤخذ به

فصل في الدين المشترك

واذا كان الدين بين

شريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه

الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين واصل هذا ان الدين
المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض لانه ازداد بالقبض
اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمرة فله
حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن
حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا
كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك اذا عرفنا
هذا نقول في مسئلة الكتاب له ان يتبع الذي عليه الاصل لان نصيبه باق في ذمته لان القابض قبض
نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة الا ان يضمن له شريكه
ربع الدين لان حقه في ذلك قال ولو استوفى احدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشاركه فيما
قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي على الشركة
قال ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين لانه صار
قابضا حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على
الحطيطة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرناه ولا سبيل للشريك على الثوب
في البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان يتبع الغريم
في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه
فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض لانه انما رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة
الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض
ولو ابرأه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من
السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما

لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده

فهو قبض والاستيفاء بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف والتزوج به اتلاف

في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه عن جناية العمد **قال** اذا كان السلم بين الشريكين فصالح احد

من نصيبه على راس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز الصلح اعتبارا بسائر

الديون وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة

الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار

واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا

شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا

خلطا راس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق

فصل في التخارج اذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار

او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان فانه صالح تماضر

الاشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار **قال** وان كانت التركة فضة

فاعطوه ذهبا او كان ذهبا فاعطوه فضة فكذلك لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي

ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك

القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لا بد من تجديد القبض لانه قبض

امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على فضة او ذهب

فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة

بحقه من بقية التركة احترازا عن الربوا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه

صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان في التركة الدراهم والدنانير

١٨٧

وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيفما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس
لكن يشترط التقابض لانه صرف قال وان كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح
عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح
وان شرطوا ان يبرئ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز لانه اسقاط
او هو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه
متبرعين وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء
الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح
على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل
والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح انه يجوز
لانها لا تفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز
الصلح ولا القسمة لان التركة لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه
لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي رح في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي بها لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة
للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه
فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وبعث النبي
صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة ثم المدفوع الى المضارب
امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر
مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله فاذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب

العامل [illegible] كان [illegible]

في الشركة [illegible] من [illegible]

الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة [illegible]

المضاربة [illegible] قال ولا تصح إلا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع إليه عرضا

وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز [illegible] لأنه يقبل الإضافة من حيث إنه توكيل وإجارة

فلا مانع من الصحة وكذا إذا قال له اقبض ما لي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما إذا

قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا تصح المضاربة لأن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل

على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشترى للآمر فيصير مضاربة بالعروض قال

ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق أحدهما دراهم مسماة من الربح لأن شرط ذلك

يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة قال فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله

لفساده فلعله لا يربح إلا هذا القدر فتنقطع الشركة في الربح وهذا لأنه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده

والربح لرب المال لأنه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا تجاوز بالأجر القدر

المشروط عند أبي يوسف خلافا لمحمد كما بينا في الشركة ويجب الأجر وإن لم يربح في رواية

الأصل لأن أجر الأجير يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتبارا

بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا

بالصحيحة ولأنه عين مستأجرة في يده [illegible]

وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب قال ولا بد

أن يكون المال مسلما إلى المضارب [illegible] لأن المال أمانة في يده [illegible]

[illegible] بخلاف الشركة [illegible]

ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل فى الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص
اليد لاحدهما لم ينعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن
من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة له
وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة
وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك
يفسده ان لم يكن من اهل المضاربة فيه كالماذون بخلاف الاب والوصى لانهما من اهل ان ياخذا مال
الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال **قال** واذا صحت المضاربة مطلقة

جاز للمضارب ان يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح
ولا يتحصل الا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا
الابضاع والايداع والمسافرة الا ترى ان المودع له ان يسافر فالمضارب اولى كيف وان اللفظ دليل عليه
لانها مشتقة من الضرب فى الارض وهو السير وعن ابى يوسف انه ليس له ان يسافر وعنه وعن
ابى حنيفة رحمه الله انه ان دفع فى بلده ليس له ان يسافر به لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع
فى غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد فى الغالب والظاهر ما ذكر فى الكتاب **قال** ولا يضارب

الا ان ياذن له رب المال او يقول له اعمل برايك لان الشئ لا يتضمن مثله لتساويهما فى القوة فلا بد
من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك ان يوكل غيره فيما وكله به الا اذا قيل
له اعمل برايك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه فيتضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له
اعمل برايك لان المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة
والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا

الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول **قال** وان خص له رب المال التصرف فى بلد بعينه او فى سلعة

بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة

الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره قال

فان خرج الى غير تلك البلدة فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير امره وان لم يشتر

حتى رده الى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال

مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر

كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء ههنا وهو رواية الجامع الصغير

وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر

الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج انما شرط الشراء للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا

قال على ان تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد

التقييد الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه

ومعنى التخصيص ان يقول على ان تعمل كذا او في مكان كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة

لانه تفسير له او قال فاعمل به في الكوفة لان الفاء للوصل او قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء

للالصاق اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف

فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة

الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على ان تشتري بها من اهل الكوفة او دفع مالا في الصرف على ان تشتري

به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة

الاول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك قال و

كذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لانه توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت

مفيد وانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان قال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على

المال لقرابة أو غيرها لأن العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى ولا يتحقق
فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف
البيع الفاسد لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون
المضاربة لأن الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف قال فإن كان
في المال ربح لم يجز له أن يشتري من يعتق عليه لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال أو
يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وإن اشتراهم ضمن مال المضاربة لأنه يصير مشتريا
للعبد فيضمن بالنقد من مال المضاربة وإن لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم لأنه لا مانع من التصرف
إذ لا شركة له فيه ليعتق عليه فإن زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه
ولم يضمن لرب المال شيئا لأنه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لأن هذا
يثبت من طريق الحكم فصار كما إذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لأنه احتبست ماليته
عنده فيسعى فيه كما في الوراثة قال فإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية
قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة
والمدعي موسر فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين وإن شاء أعتق ووجهه
ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك
لعدم ظهور الربح لأن كل واحد منهما أعني الأم والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة إذا صار أعيانا
كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فإذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة
السابقة بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة لأن ذلك إنشاء العتق فإذا بطل لعدم الملك
لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك أما هذا إخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقر بحرية عبد غيره
ثم اشتراه فإذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال

شيئاً من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا
ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد وله ان يستسعي الغلام لانه احتبست ماليته عنده وله
ان يعتق لان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة رح ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف
مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم اذا قبض
المال الالف فله ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ لما استحق برأس المال
لكونه مقدماً في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد نفذت الدعوة صحيحة لاحتمال
الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية
ام ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعاً كما اذا استولد
جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر

باب المضارب يضارب

قال واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم ياذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف
المضارب الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وقالا
اذا عمل به ضمن ربح او لم يربح وهذا ظاهر الرواية وقال زفر رح يضمن بالدفع عمل او لم يعمل
وهو رواية عن ابي يوسف رح لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما
ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولابي حنيفة رح
ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح
فقد ثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت
فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثاني لانه اجير فيه وله اجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم
ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة رح وعند

١٩٣

يضمن بناءً على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيارات عندنا ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له بينه وبين مودع المودع ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا اما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة بين الاول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما شرطا لانه ظهر انه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه عامل له كما في المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداءً ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاعلى لان الاسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان فلا يعرى عن نوع خبث قال واذا دفع اليه رب المال

مضاربة بالنصف واذن له بان يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال قال له

على ان ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول

السدس لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق الا السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستاجر غيره عليه بنصف درهم وان كان قال له على ان ما

رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الاول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا ولو كان قال له فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب المال لان الاول شرط للثاني نصف

الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه فان جعل رب المال لنفسه نصف ما رزق
ولم يرزق الا النصف فيكون بينهما ولو كان قال له على ان ما رزق الله تعالى فلي نصفه او قال له فما كان
من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى غيره مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني
النصف ولا شيء للمضارب الاول لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف
للثاني الى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم
فاستاجر غيره ليخيطه بمثله وان شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب
الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح في ماله لانه شرط للثاني شيئا هو مستحق
لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما
في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به لانه غرور في ضمن العقد وهو سبب الرجوع
فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخيطه بدرهم ونصف

فصل واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه
ثلث الربح فهو جائز لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا
لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون واذا كان
لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم
على ما مر واذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى
اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد
المأذون عقد المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط
العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة رح لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده
على ما عرف **فصل** في العزل والقسمة واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل

ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وان
ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان اللحوق بمنزلة الموت
الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يتصرف له
فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك
رب المال فبقيت المضاربة قال فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز
لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها
ولا يمنعه العزل من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتني على راس المال
وانما ينض بالبيع قال ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة
راس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل فان عزله وراس المال دراهم او دنانير قد نضت
لم يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال رضي الله عنه و
هذا الذي ذكره اذا كان من جنس راس المال فان لم يكن بان كان دراهم وراس المال دنانير او على القلب له ان
يبيعها بجنس راس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال
في بيع العروض ونحوها قال واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على
اقتضاء الديون لانه بمنزلة الاجير والربح كالاجر له وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل
محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لان حقوق العقد
ترجع الى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه قال في الجامع الصغير يقال له احل مكان
قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لانهما
يعملان باجرة عادة قال وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون راس المال لان الربح تابع
وصرف الهلاك الى ما هو التبع اولى كما يصرف الهلاك الى العفو في الزكاة فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان

على المضارب لانه امين وان كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه او كله ترادّا الربح حتى يستوفي رب المال راس المال لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء راس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا هلك ما في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من راس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب المال محسوب من راس ماله واذا استوفى راس المال فان فضل شيء كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا فلو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر

فصل فيما يفعله المضارب

قال ويجوز للمضارب ان يبيع ويشتري بالنقد والنسيئة لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه لان له الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري سفينة للركوب وله ان يستكريها اعتبارا لعادة التجار وله ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم اخّر الثمن جاز بالاجماع اما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى الا ان المضارب لا يضمن لان له ان يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك واما عند ابي يوسف فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنسيئة بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة ولو احتال بالثمن على الايسر او الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله المضارب ثلثة انواع نوع يملكه بمطلق العقد وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة اليه والارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء والاجارة والاستئجار والايداع والابضاع والمسافرة على ما ذكرنا من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برايك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق عند وجود

الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة الى غيره وخلط مال المضاربة بماله او بمال
غيره لان رب المال رضى بشركته لا بشركة غيره وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق
العقد ولكنه جهة فى التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل
برايك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه لا بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برايك الا ان ينص عليه
رب المال وهو الاستدانة وهو ان يشترى بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى براس المال
السلعة وما اشبه ذلك لانه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة فلا يرضى به ولا يشتغل
ذمته بالدين ولو اذن له رب المال بالاستدانة صار المشترى بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه
واخذ السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا اعطاؤها لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة
لانه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض قال ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة
وعن ابى يوسف انه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب الا ترى انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما انه ليس
بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق على مال لانه اكتساب ولكن
لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا قال فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة
فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة وقال زفر تفسد المضاربة لان رب المال متصرف فى مال
نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصح اذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا ان التخلية
فيه قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه فى التصرف والابضاع توكيل منه
فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه فى الابتداء لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى
رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة ينعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا
فلو جوزناه يؤدى الى قلب الموضوع واذا لم يصح بقى عمل رب المال بامر المضارب فلا يبطل به المضاربة
الاولى قال واذا عمل المضارب فى المصر فليست نفقته فى المال وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته

١٩٧

كالكسوة ومعناه شراءً وكسوةً في المال ووجه الفرق ان النفقة تجب بإزاء الاحتباس كنفقة
القاضي ونفقة المرأة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الاصلي واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق
فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له
الا الربح وهو في حيز التردد فلو انفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف
البضاعة لانه متبرع **قال** ولو بقي شيء في يده بعدما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء
الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر فان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فهو بمنزلة
السوقي في المصر وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة
هي ما يصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن جملة ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف
دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه عادة كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن
الفضل ان جاوزه اعتبارا للمتعارف فيما بين التجار واما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية وعن ابي
حنيفة انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه الظاهر ان
الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدواء بعارض المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج
ودواؤها في مالها **قال** واذا ربح اخذ رب المال ما انفق من رأس المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما انفق
على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما انفق على نفسه لان العرف جار بالحاق الاول دون الثاني
ولان الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها **قال** فان كان معه الف فاشترى
بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لانه استدانة
على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيها ولا يضمن
لانه عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل
لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع عمله ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا صار

شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك وانتظامه الخلط فلا يضمنه **فصل آخر قال**

فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها بزا فباعه بالفين واشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما

حتى ضاعا يغرم رب المال الفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة

ارباعه على المضاربة قال رض هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد

الا ان له حق الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة على ما بينا فيكون عليه في الآخرة ووجهه

انه لما نض المال ظهر الربح وله منه خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه

وثلاثة ارباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما بيناه وله

الرجوع بثلاثة ارباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة

لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة ارباع العبد على المضاربة لانه

ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون راس المال الفين وخمسمائة لانه دفعه مرة الفا ومرة الفا وخمسمائة

ولا يبيعه مرابحة الا على الفين لانه اشتراه بالفين ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف

فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع راس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما **قال** وان كان معه الف

فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه اياه بالف فانه يبيعه مرابحة على خمسمائة لان هذا البيع مقضي

بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة

على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين ولو اشترى المضارب عبدا بالف وباعه من

رب المال بالف ومائتين باعه مرابحة بالف ومائة لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال

وقد مر في البيوع **قال** فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا

خطأ فثلاثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك

وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال عينا واحدا قيمته الفان ظهر الربح وهو الف بينهما

والفداء على رب المال براس ماله لان قيمته الفان فاذا فديا خرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب
فلما بيناه واما نصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما انه يتضمن قسمة العبد
بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له
حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة لان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء
الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلثة ايام بخلاف
ما تقدم **قال** وان كان معه الف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت الالف يدفع رب المال
ذلك الثمن ثم وثم ويكون راس المال جميع ما يدفع اليه رب المال لان المال امانة في يده ولا يصير مستوفيا الا بالقبض والاستيفاء
انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل بالشراء اذا كان الثمن مدفوعا
اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان
كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه
المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل
الشراء امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع
لوقوع الاستيفاء على ما مر

فصل في الاختلاف

قال واذا كان مع المضارب الفان فقال دفعت الي الفا
وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة يقول
اولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول
قول المنكر ثم رجع الى ما ذكره في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله
القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح
فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وايهما اقام البينة على ما ادعى
من فضل قبلت لان البينات للاثبات **قال** ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف

وقد دفع الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته فيكون القول له ولو اقاما البينة فالبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

كتاب الوديعة

قال الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم قال وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف في الامانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره ايداع الا اذا استاجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال الا ان يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره او يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة اخرى لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك

الا بتنبيه لانه يدعى ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن فى الابتداء

قال فان طلبها صاحبها فمنعها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما
طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنها بحبسه عنه قال وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز
ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابى حنيفة وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء مثل ان خلط
الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول
الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة معه فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى
ايهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه
ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها ولو ابرأ الخالط لا سبيل له
على المخلوط عند ابى حنيفة لانه لا حق له الا فى الدين وقد سقط وعندهما بالابراء يسقط
خيرة الضمان فيتعين الشركة فى المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع
حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار
اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير فى الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر
فتتعذر التمييز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند ابى حنيفة ينقطع حق المالك الى الضمان لما ذكرنا
وعند ابى يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد شركه بكل حال لان
الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر فى الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مائعا
بالاذابة قال وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيس فاختلطا
لانه لا يضمنها لعدم الصنع فيشتركان وهذا بالاتفاق قال فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله
فخلطه بالباقى ضمن الجميع لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذى تقدم

واذا تعدى المودع فى الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها

عن مخالفة ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي لا يبرء عن الضمان لان

عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرء الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق

لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استأجره

شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك قال فان طلبها صاحبها

فجحدها ضمنها لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب

مانع منه فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرء عن الضمان لارتفاع العقد اذ المطالبة بالرد رفع

من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود احد المتعاقدين البيع فتم الرفع

او لان المودع ينفرد بعزل نفسه بحضرة من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا

ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق

ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف خلافا لزفر لان الجحود عند غيره من باب الحفظ لان

فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير حضرة منه او طلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا

كان بحضرته قال للمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند ابي حنيفة

وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين

لابي حنيفة اطلاق الامر والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملكه الاب والوصي في

مال الصبي ولهما انه تلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة والظاهر انه لا يرضى به فيتقيد به

وللشافعي انه يتقيد بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في

ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالي به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ

فيها بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه المودع

ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا قال واذا اودع

وان اودع رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة رح وقالا يدفع اليه نصيبه وفي الجامع الصغير ثلثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان ياخذه فكذا يؤمر هو بالدفع ولابي حنيفة رح انه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها وقوله له ان ياخذه قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفع اليه

قال وان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر ولكنهما

يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الآخر وهذا عند ابي حنيفة رح وكذلك الجواب عنده في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الآخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الآخر في الوجهين لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه كما في ما لا يقسم وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل متى اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضاء المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وامكنهما المهاياة كان المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال واذا قال صاحب الوديعة

المودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير فان نهاه ان يدفعها
الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد منه لا يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه
وكما اذا كانت شيئا يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة
العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو وان كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد فان من العيال
من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر وان قال احفظها في هذا البيت
فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان
في الحرز وان حفظها في دار اخرى ضمن لان الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد
ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه
عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال وان اودع المودع فهلكت
فله ان يضمن الاول وليس له ان يضمن الآخر وهذا عند ابي حنيفة وقالا له ان يضمن ايهما
شاء فان ضمن الاول لا يرجع على الآخر وان ضمن الآخر رجع على الاول
لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا
بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر
انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة
وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما فاذا فارقه
فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك اما الثاني فمستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا
يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره قال ومن كان في يده الف فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له اودعه
اياها وابى ان يحلف لهما فالالف بينهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل واحد منهما صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق
الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين وبايهما بدأ القاضي جاز لتعذر

الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا اقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة وان نكل عنى للثاني يقضي له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني ايضا يقضي بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم الفا اخرى بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد منهما بنصف الآخر فيغرمه ولو قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الامام البزدوي رح في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني فاذا نكل يقضي بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لانه يتقدمه اما بنفسه او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف رح انه نفذ قضاؤه للاول ووضع المسئلة في العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضي للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه قال ينبغي ان يحلفه عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد رح خلافا له وهذه فريعة تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض الاطناب والله اعلم

كتاب العارية

قال العارية جائزة لانه نوع احسان وقد استعار النبي عليه السلام دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي رح يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير لانها تنعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظة التمليك

قابلة للملك كالأعيان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الأعيان تقبل النوعين فكذا المنافع

والجامع بينهما دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة

الاباحة وهي تمليك والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولان الملك انما

يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع

على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله تعالى قال وتصح بقوله

اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك

على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة تحمل على

تمليك المنافع تجوزا قال واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في استخدامه وداري لك سكنى

لان معناه سكناها لك وداري لك عمري سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى

تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله

عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك

فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه قال والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم

يضمن وقال الشافعي رح يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع

فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام

الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه والاذن وان ثبت

لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير

لان المقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في

موضعه قال وليس للمستعير ان يؤاجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشيء

لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي

ولو كان لازما لكان زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه فان آجره فعطبت
ضمنه حين سلمه لانه اذا لم يتناوله العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستاجر لانه
قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستاجر لانه ظهر انه آجر ملك
نفسه وان ضمن المستاجر يرجع على المؤجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف
ما اذا علم قال وله ان يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي ليس له ان يعيره
لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك
لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا ونحن
نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت
قابلة للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل
دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال رضي الله عنه وهذا اذا
صدرت الاعارة مطلقة وهي على اربعة اوجه احدها ان تكون مطلقة في الوقت والانتفاع فللمستعير فيه
ان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني ان تكون مقيدة فيهما فليس له ان
يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خير منه والحنطة مثل الحنطة
والثالث ان تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان يتعدى
ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان
كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فيه فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين
ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمن لانه تعين الاركاب قال وعارية الدراهم والدنانير
والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك
عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او القرض والقرض ادناهما فيثبت او لان من قضية

الاعارة لا الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين
الجهة بان استعار الدراهم ليعير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم تكن قرضا ولا يكون له الا
المنفعة المسماة فصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها او سيفا محلى يتقلده قال واذا

استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس اما
الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح
بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير
مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية
ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص
البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له فالظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه
دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري في المختصر وذكر الحاكم الشهيد انه يضمن رب الارض للمستعير
قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك
لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب الاصل والمستعير صاحب تبع والترجيح

بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم يؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت او لم يوقت لان له نهاية معلومة
وفي الترك بالاجر مراعاة الحقين بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك

قال واجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجرة مؤنة الرد
فتكون عليه واجرة رد العين المستاجرة على المؤجر لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة
قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب لان الواجب
عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه قال واذا استعار دابة فردها
الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها

وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد كآلة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط بخلاف ما اذا رد المغصوب او الوديعة الى دار المالك ولم يسلمها اليه لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه قال ومن استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة فله ان يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى به الا ترى انه لو ردها اليه فهو يردها الى عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا وان ردها مع اجنبي ضمن وفيه دلالة ان للمستعير ان يودع ما يحتمل الايداع وهو خلاف ما قاله بعض المشائخ رحمهم الله وقال بعضهم ليس له ذلك لانه دون الاعارة واولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة قال ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله ان لفظة الاطعام ادل على المراد لانها تختص بالزراعة والاعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى والله اعلم

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك

وقال مالك رحمه الله يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها

فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان يأذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي رحمه الله لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا له على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح

قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه السلام أكل اولادك نحلت مثل هذا وكذلك الثالث يقال

اعطاك الله ووهبك الله بمعنى واحد وكذا تنعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا

الثوب لك وأعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها لا يطعم فيكون المراد اكل غلتها واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك واما الثالث فلقوله عليه السلام فمن أعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك

قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كساني الامير ثوبا اي ملّكه منه ولو قال منحتك هذه الجارية
كانت عارية لما روينا من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية لان العارية
محكمة في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال
عمري سكنى او نحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما قدمناه ولو قال
هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود
بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له **قال** ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة
المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي تجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره
كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله
الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم
غيره اليه وذلك غير موهوب ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض
كيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة والمهاياة تلزم
فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح والبيع
الفاسد والصرف والسلم فان القبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة
والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين
على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع
قال ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض
وعنده لا شيوع **قال** ولو وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلم
لم يجز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس
بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل

للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالمشاع قال واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع وان وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه جاز لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان في حجر امه فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي آخر ان ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونها الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة قال واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند

أبي حنيفة رحمه الله وقالا يصح لأن هذه هبة الجملة منهما إذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما إذا

رهن من رجلين وله أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت الهبة فيما

لا يقسم فقبل أحدهما صح ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لأنه

حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لأن حكمه الحبس ويثبت لكل منهما كملاً فلا شيوع

ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن وفي الجامع الصغير إذا تصدق على محتاجين بعشرة

دراهم أو وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين أيضاً

جعل كل واحد منهما مجازاً عن الآخر والصلاحية ثابتة لأن كل واحد منهما تمليك بغير بدل

وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم وفي الأصل سوّى فقال وكذلك الصدقة لأن

الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية أن الصدقة يراد بها وجه الله

تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الأصل

الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين داراً لأحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف

وقال محمد يجوز ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان فأبو حنيفة

مرّ على أصله وكذا محمد والفرق لأبي يوسف أن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في

البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الأبعاض

باب ما يصح رجوعه وما لا يصح

قال وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في

هبته إلا الوالد فيما يهب لولده ولأن الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة

الوالد لولده على أصله لأنه لم يتم التمليك لكونه جزءاً له ولنا قوله عليه السلام الواهب أحق بهبته ما لم يثب

منها أي لم يعوض ولأن المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فتثبت له ولاية الفسخ عند فواته إذ العقد

يقبله والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع واثباته للوالد فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا
وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته
كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال الا ان يعوضه
عنها لحصول المقصود او تزيد زيادة متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان
ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال او يموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل
الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حيوته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو
ما اوجبه او تخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه تجدد
الملك بتجدد سببه وان وهب لآخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا
او آريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع في شيء منها لان هذه زيادة متصلة وقوله
وكان ذلك زيادة فيها اشارة الى ان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد تكون الارض
عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها قال فان باع نصفها غير مقسوم
رجع في الباقي لان الامتناع بقدر المانع وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع في نصفها لان له ان يرجع في
كلها فكذا في نصفها بالطريق الاولى وان وهب هبة لذي رحم محرم منه لم يرجع فيها لقوله عليه السلام
اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولان المقصود صلة الرحم وقد حصل وكذلك ما وهب
احد الزوجين للآخر لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى
لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع فيها ولو ابانها بعدما وهب فلا رجوع قال واذا قال الموهوب له للواهب
خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات
تؤدي معنى واحدا وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لان العوض
لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه

٢١٥

لم يسلم له ما يقابل نصفه وإن استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع
وقال زفر يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا أنه يصلح عوضا للكل في الابتداء وبالباقي
يظهر أنه لا عوض إلا هو إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض فلم يسلم
فله أن يرده قال وإن وهب دارا فعوضه من نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض لأن
المانع خص النصف قال ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم لأنه مختلف بين العلماء
في أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضاء أو بالقضاء حتى لو كانت الهبة
عبدا فأعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا إذا هلك في يده
بعد القضاء لأن أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه لأنه تعدى وإذا رجع
بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخا من الأصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لأن العقد
وقع جائزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الإطلاق
بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا وإذا تلفت
العين الموهوبة فاستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لأنه عقد تبرع
فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع لا في غيره
قال وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين ويبطل بالشيوع لأنه هبة ابتداء فإن تقابضا
صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة لأنه بيع انتهاء وقال زفر
والشافعي هو بيع ابتداء وانتهاء لأن فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان
بيع العبد من نفسه إعتاقا ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن لأن
الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب
الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه إذ هو

٣١٧

لا يصلح مالا بنفسه **فصل قال** ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء
لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب
شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد

لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في

بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم

لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير

فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان

يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب له دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها

او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت

فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى ان النبي عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه

عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات

قال ومن كان له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت بريء منها او قال اذا اديت الي النصف

فلك النصف او انت بريء من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة

الدين ممن عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه فمن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه فمن هذا الوجه

كان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشرط مختص بالاسقاطات

التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها **قال** والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته

من بعده لما روينا ومعناه ان يجعل داره له مدة عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط

لما روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد

وقال ابو يوسف جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى وطانه

عليه السلام اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من الرقوب كانه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل واذا لم تصح تكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به

فصل فى الصدقة

قال والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة فلا تجوز فى مشاع يحتمل القسمة لما بينا فى الهبة ولا رجوع فى الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذلك اذا تصدق على غنى استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب وقد حصل وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود هو الثواب وقد حصل قال ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكوة ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين فى مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب فاذا اكتسبت تصدق بمثل ما انفقت وقد ذكرناه من قبل

كتاب الاجارات

الاجارة عقد يرد على المنافع بعوض لان الاجارة فى اللغة بيع المنافع والقياس يأبى جوازها لان المعقود عليه المنفعة وهى معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناها لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة فى حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر فى حق المنفعة تملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا ولان الجهالة فى المعقود عليه وفى بدله تفضى الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن فى البيع وما جاز ان يكون ثمنا فى البيع جاز ان يكون اجرة فى الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفى صلاحية غيره لانه عوض مالى والمنافع تارة تصير معلومة

بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي مدة كا
كان لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله
اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها
عسى الا ان في الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعي المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين
وهو المختار قال وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استاجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته
او استاجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب
ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح
العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستيجار القصار والخياط ولا بد ان يكون العمل
معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما في اجير الوحد ولا بد من بيان الوقت
قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استاجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى
موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحدى معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط
او باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة
حكما ضرورة تصحيح العقد فثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على
حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في
جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لتحقق التسوية
وكذا اذا شرط التعجيل او عجل من غير شرط لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واذا قبض المستاجر
الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع

يثبت معه فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة

للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الاجر وان وجد الغصب في

بعض المدة سقط بقدره اذ الانفساخ في بعضها ومن استاجر دارا فللموجر ان يطالبه باجرة كل

يوم لانه استوفى منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق في العقد لانه بمنزلة التاجيل وكذلك

اجارة الاراضي لما بينا ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل

مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة رح يقول اولا لا يجب الاجرة الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول

زفر رح لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه

العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا ان المطالبة

في كل ساعة يفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا قال وليس للقصار والخياط

ان يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب الاجرة وكذا اذا عمل في بيت

المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا قال الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم

قال ومن استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجرة حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام

العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج فلا اجر له للهلاك قبل التسليم فان اخرجه ثم

احترق من غير فعله فله الاجرة لانه صار مسلما اليه بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه الجناية

قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة رح لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون

عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمن الخبز واعطاه الاجر قال ومن استاجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة

فالغرف عليه اعتبارا للعرف قال ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجرة اذا اقامها عند ابي حنيفة رح وقالا

لا يستحقها حتى يشرجها لان التشريج من تمام عمله اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كاخراج

الخبز من التنور ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابي حنيفة رح ان العمل

قد تقوّم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الا ترى انه ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى موضع

العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال واذا كان

للعامل اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين بعد الفراغ من عمله حتى يستوفي الاجر

لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع في يده

فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر له لهلاك

المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد رح العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده

لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنبين من

بعد ان شاء الله تعالى قال وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال

والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل

الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه

كان على شرف الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب

علمائنا الثلاثة وقال زفر رح ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه

فيسقط حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم

فلا يسقط الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضاء البائع قال واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه

فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه اتصال العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في

محل بعينه وان اطلق له العمل فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق عمل في ذمته ويمكن

ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين **فصل** ومن استاجر رجلا ليذهب

الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لانه اوفى

المعقود عليه ومستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين وان استاجره ليذهب بكتابه الى

فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد رحمه الله له الاجر في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة
وهذا لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود
عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد
نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة وان ترك الكتاب في
ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وان استاجره ليذهب بطعام الى
فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له في قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه
وهو حمل الطعام بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد لان المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى
فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد وله ان يعمل كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا
ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة قال ويجوز استيجار
الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وللمستاجر الشرب والطريق وان لم يشترط
لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه
ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة دون الاجارة فلا يدخلان
فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستاجر
للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة او يقول على ان يزرع
فيها ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة ويجوز ان يستاجر الساحة
ليبني فيها او ليغرس فيها نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان

يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لهما ففي ابقائهما اضرار بصاحب الارض بخلاف
ما اذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك باجر المثل الى زمان الادراك لان له نهاية معلومة
فامكن رعاية الجانبين قال الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه فله
ذلك وهذا برضاء صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص الارض بقلعهما فحينئذ يتملكهما بغير رضاه قال
او يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان لا يستوفيه و
في الجامع الصغير اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطبة فانها تقلع لان الرطاب لا نهاية لها
فاشبه الشجر قال ويجوز استيجار الدواب للركوب والحمل لانه منفعة معلومة معهودة فان اطلق
الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب
غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس متفاوتون في الركوب فصار كانه نص على ركوبه وكذلك اذا استاجر
ثوبا للبس واطلق فيما ذكرنا لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس
الثوب فلان فاركبها غيره او البسه غيره كان ضامنا لان الناس متفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين
وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فاما العقار وما لا يختلف باختلاف
المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر
بالبناء خارج على ما ذكرناه قال وان سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة
حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت او لكونه
خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح والحديد لانعدام الرضاء به وان استاجرها
ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة فان
الحديد يجتمع في موضع من ظهره والقطن ينبسط على ظهره قال وان استاجرها ليركبها فاردف
معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها

ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولأن الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد

الراكب كعدد الجناة في الجنايات وإن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها

أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لأنها عطبت بما هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه والسبب

الثقل فانقسم عليهما إلا إذا كان حملاً لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الإذن

فيها أصلاً لخروجه عن العادة وإن كبح الدابة بلجامها أو ضربها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله

وقالا لا يضمن إذا فعل فعلاً متعارفاً لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلاً بإذنه

فلا يضمنه ولأبي حنيفة أن الإذن مقيد بشرط السلامة إذ يتحقق السوق بدونه وإنما هما للمبالغة

فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق وإن استأجرها إلى الحيرة فجاوز بها إلى القادسية ثم

ردها إلى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية وقيل تأويل هذه المسألة إذا استأجرها

ذاهباً لا جائياً لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير بالعود مردوداً إلى يد المالك معنى أما

إذا استأجرها ذاهباً وجائياً يكون بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق وقيل الجواب مجرى على

الإطلاق والفرق أن المودع مأمور بالحفظ مقصوداً فبقي الأمر بالحفظ بعد العود إلى الوفاق فحصل الرد إلى يد نائب

المالك وفي الإجارة والعارية يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً فإذا انقطع الاستعمال لم يبق

هو نائباً فلا يبرأ بالعود وهذا أصح ومن اكترى حماراً بسرج فنزع ذلك السرج وأسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر

فلا ضمان عليه لأنه إذا كان يماثل الأول يتناوله إذن المالك إذ لا فائدة في التقييد بغيره إلا إذا كان زائداً عليه في

الوزن فحينئذ يضمن الزيادة وإن كان لا يسرج بمثله الحمر يضمن لأنه لم يتناوله الإذن من جهته فصار

مخالفاً وإن أوكفه بإكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا أولى وإن أوكفه بإكاف

يوكف بمثله الحمر ضمن عند أبي حنيفة وقالا يضمن بحسابه لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو

والسرج سواء فيكون المالك راضياً به إلا إذا كان زائداً على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لأنه

بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كانت من جنسه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاكاف ليس من
جنس السرج لانه لا يحمل للسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر
فيكون مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة وان استاجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق
كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر وهذا
اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان تفاوت يضمن
لصحة التقييد فانه تقييد مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس
فلم يفصل وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لانه صح التقييد فصار مخالفا وان بلغ
فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة وان حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن
لفحش التفاوت بين البر والبحر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استاجر
ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار
عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها ولا اجر له لانه غاصب
للارض على ما قررناه ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة
الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به درهما قيل معناه القرطق الذي هو ذو
طاق واحد لانه يستعمل استعمال القباء وقيل هو مجرى على اطلاقه لانهما يتقاربان في المنفعة وعن ابي
حنيفة رحمه الله انه يضمن من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه لانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع
القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء الا انه يجب اجر المثل لقصور جهة الموافقة
ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه ان شاء الله تعالى
ولو خاطه سراويل وقد امره بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير للاتحاد
في اصل المنفعة وصار كما اذا امره بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هذا

باب الاجارة الفاسدة

الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه عقد يقال ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له فيعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة واذا نقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقوم في نفسه وهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا

ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة الشهور معلومة لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح فلو سمى جملة شهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة قال

فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه وليس للمؤجر ان يخرجه الى ان ينقضي وكذلك كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج

وان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان

في أثناء الشهر فالكل بالأيام عند أبي حنيفة رح وهو رواية عن أبي يوسف رح وعند محمد وهو رواية
عن أبي يوسف الأول بالأيام والباقي بالأهلة لأن الأيام يصار إليها ضرورة والضرورة في الأول منها وله
أنه متى تم الأول بالأيام ابتداء الثاني بالأيام ضرورة وهكذا إلى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق

قال ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام فأما الحمام فلتعارف الناس ولم تعتبر الجهالة لإجماع المسلمين قال
عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وأما الحجام فلما روي أنه عليه السلام احتجم و
أعطى الحجام الأجرة ولأنه استئجار على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزا قال ولا يجوز أخذ أجرة عسب
التيس وهو أن يؤاجر فحلا لينزو على الإناث لقوله عليه السلام إن من السحت عسب التيس والمراد أخذ الأجرة عليه

قال ولا الاستئجار على الأذان والحج وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقه والأصل أن كل طاعة يختص بها
المسلم لا يجوز الاستئجار عليه عندنا وعند الشافعي رح يصح في كل ما لا يتعين على الأجير لأنه استئجار
على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام اقرؤوا القرآن ولا تأكلوا به وفي آخر ما عهد رسول الله
عليه السلام إلى عثمان بن أبي العاص وإن اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الأذان أجرا ولأن القربة متى حصلت
وقعت عن العامل ولهذا تعتبر أهليته فلا يجوز له أخذ الأجر من غيره كما في الصوم والصلوة ولأن
التعليم مما لا يقدر المعلم عليه إلا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح
وبعض مشائخنا استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية ففي
الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لأنه
استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد قال ولا يجوز إجارة المشاع عند أبي حنيفة رح

إلا من الشريك وقالا إجارة المشاع جائزة وصورته أن يؤاجر نصيبا من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير
الشريك لهما أن للمشاع منفعة ولهذا يجب أجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ فصار كما إذا آجر من شريكه
أو من رجلين وصار كالبيع ولأبي حنيفة رح أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لأن تسليم المشاع وحده

لا يقصر و(التخلية) اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكن
في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه اما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة
الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا
آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على انه لا يصح
في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء بخلاف ما اذا آجر من رجلين
لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ **قال** ويجوز استيجار الظئر باجرة
معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن ولان التعامل به كان جاريا على عهد رسول
الله صلى الله عليه وآله وسلم وقبله واقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي و
القيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة
تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد
على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استاجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع
بلبن الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار
على الخدمة **قال** ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز لان الاجرة
مجهولة فصار كما اذا استاجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة
على الاظآر شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضي
الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها
فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا
لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز ايضا لما قلنا ولا يشترط تاجيله لان اوصافها
اثمان ويشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع وفي

والكسوة مبينة ببيان الأجل أيضاً مع بيان القدر والجنس لأنه إنما يصير ديناً في الذمة إذا صار مبيعاً
وإنما يصير مبيعاً عند الأجل كما في السلم **قال** وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها لأن
الوطء حق الزوج فلا يتمكن من إبطال حقه ألا ترى أن له أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به صيانة
لحقه إلا أن المستأجر يمنعه عن غشيانها في منزله لأن المنزل حقه فإن حبلت كان لهم أن
يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها لأن لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ
إذا مرضت أيضاً وعليها أن تصلح طعام الصبي لأن العمل عليها والحاصل أنه يعتبر فيما لا نص عليه
في مثل هذا الباب ما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي وإصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر أما
الطعام فعلى والد الولد وما ذكره محمد أن الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة
وإن أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الإرضاع فإن
هذا إيجار وليس بإرضاع وإنما لم يجب الأجر لهذا المعنى أنه اختلف العمل **قال** ومن دفع إلى حائك
غزلاً لينسجه بالنصف فله أجر مثله وكذا إذا استأجر حماراً يحمل عليه طعاماً بقفيز منه
فالإجارة فاسدة لأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي عليه السلام
عنه وهو أن يستأجر ثوراً ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا أصل كبير يعرف به فساد
كثير من الإجارات لا سيما في ديارنا والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر وهو بعض المنسوج
أو المحمول وحصوله بفعل الأجير فلا يعد هو قادراً بقدرة غيره وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل
نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر لأن المستأجر ملك الأجير في الحال بالتعجيل فصار مشتركاً
بينهما ومن استأجر رجلاً لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الأجر لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل
لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه ولا يجاوز بالأجر قفيزاً لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما سمى
ومن أجر المثل لأنه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر

بالغاً ما بلغ عند محمد لان الشيخ هناك خبر معلوم فلم يصح الحط ومن استأجر رجلا ليخبز له
هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح
في الاجارات هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد
فترتفع الجهالة وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر
العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستأجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي
الى المنازعة وعن ابي حنيفة رح انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان
المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق قال ومن استأجر ارضا على ان
يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا يتأتى الزراعة الا بالسقي
والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد
فذكره لا يوجب الفساد فان شرط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه يبقى
اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا
حاله يوجب الفساد ولان مؤاجر الارض يصير مستأجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير
صفقتان في صفقة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان يردها مكروبة ولا شبهة في
فساده وقيل ان يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وان كانت
ثلث سنين لا تبقى منفعته وليس المراد بكري الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظام هو
الصحيح لانه تبقى منفعته في العام القابل وان استأجرها ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال
الشافعي رح هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة
الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير دينا بدين ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا
فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة والى هذا اشار محمد رح ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس

للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال واذا كان الطعام
بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له
وقال الشافعي رح له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز فصار كما اذا استاجر دارا
مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه
استاجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف
حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه
فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هنالك
المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب
صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع ومن استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي
شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض تستاجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها
مختلف فمنه ما يضر بالارض ومنه ما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما فان زرعها ومضى
الاجل فله المسمى وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لانه وقع فاسدا فلا ينقلب
جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد
وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم
ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في بعض الطريق فلا ضمان عليه لان العين المستاجرة
امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ الى بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على
ما ذكرنا في المسئلة الاولى وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفي المسئلة الاولى قبل ان يزرع
نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد قائم بعد

باب ضمان الاجير

قال الأجراء على ضربين أجير مشترك وأجير خاص فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى
يعمل كالصباغ والقصار لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لأن
منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى أجيرا مشتركا قال والمتاع أمانة في يده إن
هلك لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب كالحريق
الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير
المشترك ولأن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكنه العمل إلا به فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه
كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة إذا كانت بأجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز
عنه كالموت حتف أنفه والحريق الغالب وغيره لأنه لا تقصير من جهته ولأبي حنيفة رحمه الله
أن العين أمانة في يده لأن القبض حصل بإذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه
لا يضمنه ولو كان مضمونا يضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا
لا يقابله الأجر بخلاف المودع بالأجر لأن الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الأجر قال

وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به

المكاري الحمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ضمان عليه لأنه أمر
بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كأجير الوحد ومعين القصار ولنا أن الداخل
تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل الصالح لأنه هو الوسيلة إلى الأثر وهو المعقود عليه
حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر فلم يكن المفسد مأذونا فيه بخلاف المعين لأنه متبرع فلا يمكن
تقييده بالمصلح لأنه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده وبخلاف أجير الوحد على ما نبين
إن شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال إلا أنه لا يضمن به بني آدم ممن

غرق في السفينة أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده لأن الواجب ضمان الآدمي وأنه لا

بالعقد وانما يجب بالجناية وهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة قال

واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في

المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه الاجر بحسابه

اما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه واما الخيار فلانه

اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه

وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى

اي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الوجه الاول لا اجر له لانه ما استوفى

اصلا قال واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب

من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت او حجام حجم عبدا بامر مولاه فمات

فلا ضمان عليه وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه

يبتني على قوة الطبائع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب

ونحوه مما قدمناه لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد قال والاجير الخاص

الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم

وانما سمي اجيرا خاصا لانه يختص بعمله دون غيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع

ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله

اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك

نوع استحسان عندهما لصيانة اموال الناس والاجير الوحد لا يتقبل الاعمال فتكون السلامة غالبة فيؤخذ

فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فاذا امره بالتصرف في ملكه

صح ويصير نائبا منابه فيصير فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه والله اعلم

باب الاجارة على احد الشرطين

واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز واى

عمل من هذين العملين عمل استحق الاجر به وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم

وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال آجرتك هذه الدار شهرا

بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بان قال آجرتك هذه

الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين ثلثة اشياء وان خيره بين اربعة

لم يجز والمعتبر فى جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار فى البيع

وفى الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما

وفى البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار ولو

قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا

فله اجر مثله عند ابى حنيفة لا يجاوز به نصف درهم وفى الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم

ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة

شىء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد

للترفيه فيجتمع فى كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع فى كل يوم تسميتان

ولان التعجيل والتاخير مقصودان فنزل منزلة اختلاف النوعين ولابى حنيفة ان ذكر الغد للتعليق

حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك يجتمع

فى الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثانى ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف

درهم لانه هو المسمى فى اليوم الثانى وفى الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم

لان التسمية الاولى لا تنعدم فى اليوم الثانى فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع

المنقصان ان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رح وهو الصحيح لانه
اذا لم يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى قال وان قال ان سكنت في هذا
الدكان عطارا فبدرهم في الشهر وان اسكنته حدادا فبدرهمين جاز واي الامرين فعل استحق
المسمى فيه عند ابي حنيفة رح وقالا الاجارة فاسدة وكذا اذا استاجر بيتا على انه ان سكن فيه
فبدرهم وان اسكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز ومن استاجر
دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف
وان استاجرها الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها
حنطة فبدرهم فهو جائز في قول ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز وجه قولهما ان المعقود عليه مجهول
وكذا الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية
لان الاجر يجب بالعمل وعنده يرتفع الجهالة اما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فيبقى
الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولابي حنيفة رح انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين
فيصح كما في مسئلة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد
الا ترى انه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في اخواتها والاجارة تعقد للانتفاع وعنده يرتفع
الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به

باب اجارة العبد

ومن استاجر عبدا يخدمه فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت
على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كاسكان
الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعينت الخدمة في الحضر فيبقى
داخلا كما في الركوب ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستاجر

ان ياخذ منه الاجر واصله ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس ان لا يجوز لانعدام الاذن من المولى وقيام الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا جاز لم يكن للمستاجر ان ياخذ منه الاجر ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر وله ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز او نظرا الى تنجز الحاجة فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق او مريض فقال المستاجر ابق او مرض حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل ان تاتيني بساعة فالقول قول المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول المولى لانهما اختلفا في امر محتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا وان لم يصلح حجة في نفسه

واصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه

باب الاختلاف

قال واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لا بل امرتني اصفر فالقول قول صاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله

فكذا اذا انكر صفته لكن يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه قال واذا حلف فالخياط
ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يحلف
في مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله
لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب وان
قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب لانه ينكر تقوم
عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه فالقول قول المنكر وقال ابو يوسف
ان كان الرجل حريفا له اي خليطا له فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب
باجر جريا على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله
لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة لانه
منكر والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق والله اعلم

باب فسخ الاجارة

ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها
توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا
استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل المؤجر ما ازال به العيب فلا خيار
للمستاجر لزوال سببه قال واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى
انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل
القبض وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع قد فاتت على وجه يتصور
عودها فاشبه الاباق في البيع قبل القبض وعن محمد ان الآجر لو بناها ليس للمستاجر ان يمتنع
ولا للآجر وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع

به لتغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه **قال** واذا مات احد المتعاقدين
وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت الاجارة لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة له او الاجرة
المملوكة له لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقدها
لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما اشرنا اليه من المعنى **قال** ويصح
شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي لا يصح لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان
الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمؤاجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار
ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع
دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع
لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستاجر على القبض اذا سلم
المؤاجر بعد مضي بعض المدة **قال** وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي لا تفسخ
الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة
وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتنفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز
العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا وهو كمن استاجر
حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع او استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه
تفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا من استاجر دكانا في السوق ليتجر فيه
فذهب ماله وكذا اذا اجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا بثمن ما اجر فسخ القاضي
العقد وباعها في الديون لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه
قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضي العقد اشارة الى انه يفتقر الى قضاء
القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر

٢٣٩

فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا
بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول انه فصل
مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال ان كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان
كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له
من السفر فهو عذر لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته
او لطلب غريمه فحضر او للتجارة فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان
يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه او اجيره ولو مرض المؤاجر فقعد فكذا الجواب على رواية
الاصل وذكر الكرخي رح انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار
ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد وانما يفوته الاسترباح
وانه امر زائد قال واذا استاجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي
على موجب العقد لفوات مقصوده وهو راس ماله وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط باجر
فراس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فليس
بعذر لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استاجر
دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين
العملين اما ههنا العامل شخصان فامكنهما ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر لانه
لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر اشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا
وكذا اذا اطلق لما مر انه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا آجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستاجر يمكنه
استيفاء المنفعة من المعقود عليه مع غيبته حتى لو اراد المستاجر السفر فهو عذر لانه لا يمكنه
من المنع من السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر

مسائل منثورة

قال ومن استأجر ارضا او استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شئ في ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبيب فاشبه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه قال واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل قال ومن استأجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر قال وان شاهد الجمال الحمل فهو اجود لانه انفى للجهالة واقرب الى تحقيق الرضاء قال وان استأجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب المولى عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكا

241

عندنا ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضي الله عنه

ويعتق باداءه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به

كما في البيع ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع قال ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز

مؤجلا ومنجما وقال الشافعي رح لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم

الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل

الاقدام على العقد عليها فتثبت به ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد

معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم

على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المساهلة

فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد

الى الرق قال وتجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل البيع والشراء لتحقق الايجاب والقبول

اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي رح يخالفنا فيه وهو بناء على

اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا

ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع قال ومن قال لعبده جعلت عليك

الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا وآخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق ان

هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فهذه

مكاتبة في رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص لا يكون مكاتبا

اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه

اما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه او لتحقيق مقصود

الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى اما عدم

الخروج عن ملكه لما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتأخره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه فان اعتقه عتق باعتاقه لانه مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بحصول العتق له وقد حصل دونه قال اذا وطى المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية لما بينا وان اتلف مالا لها غرم لان المولى كالاجنبي في حق اكسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

فصل في الكتابة الفاسدة

قال اذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة فان ادى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة الخمر لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه البدل معنى وعن ابي حنيفة انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما اذا كاتب على ميتة او دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيهما وموجبه العتق عند اداء العوض المشروط واما الميتة فليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع قال ولا ينقص

المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع
الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق
اصلاً فتجب القيمة بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو البدل وامكن
اعتبار معنى العقد فيه واثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب
لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته **قال** وكذلك
ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو
قال كاتبتك على هذه الالف الدرهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق
بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة رحمه الله في رواية الحسن انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق
وان عجز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهومة فاشبه الصداق قلنا ان العين
في المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ
كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى
ما هو تابع فيه اولى فلو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رحمه الله انه يجوز لانه يجوز البيع عند
الاجازة فالكتابة اولى وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز اعتباراً بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب و
الجامع بينهما انه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لانها تثبت للحاجة الى الاداء منها و
لا حاجة فيما اذا كان البدل عيناً معيناً والمسئلة فيه على ما بيناه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز
اجاز ذلك او لم يجز غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في
النكاح والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالاً ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن ابي حنيفة رحمه الله في رواية
ابي يوسف انه اذا اداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا اديت الي فانت حر فحينئذ
يعتق بحكم الشرط وهكذا عن ابي يوسف رحمه الله وعنه انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد

لكون المسمى مالا يعتق باداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي
مسئلة الكتابة على الاعيان وقد عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في
كفاية المنتهى قال وان كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى اليه عبدا بغير عينه فالكتابة
فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب
وعلى قيمة عبد وسط فتبطل منها حصة العبد فيكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق
يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود
ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك
مستثنى قال واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحسانا ومعناه ان
يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح اما
اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا مختلفة فيتفاحش الجهالة و اذا
بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فيعتبر جهالة البدل
بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع ولنا انه معاوضة
مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبتنى على المسامحة بخلاف
البيع لان مبناه على المماكسة قال واذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدارا
معلوما والعبد كافر لانها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع
عن تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم ذلك اذ الخمر غير متعين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا
تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة
في الجملة فانه لو كاتب على وصيف واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة
اما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا قال واذا قبضها عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة

فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان
مسلماً حيث لم يجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو اداها عتق وقد بيناه من قبل والله اعلم

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حراً يداً وذلك بمالكية التصرف مستبداً به تصرفاً يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى قال فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحساناً لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر اعتاقاً في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قال ولا يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بداً من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل لانه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب فلا يملكه بنوعيه نفساً ومالاً لان كل ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب فان وهب على عوض لم يصح لانه تبرع ابتداءً فان زوج امته جاز لانه

اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فدخل تحت العقد قال وكذلك ان كاتب عبده والقياس
ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي لان مآله العتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على مال وجه
الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع
لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو
يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له
قال فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه
في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى
شيئا يثبت الملك للمولى قال فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى
جعل معتقا والولاء لا ينتقل من المعتق وان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من
اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج
عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك
عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس فاشبه الزوال بغير عوض وكذا الثاني لانه اعتاق على مال
في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة
بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر قال وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير
بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا له ولا نظر في
ما سواهما والولاية نظرية قال فاما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك
شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة ولهما ان المأذون له يملك التجارة
وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب ولانه مبادلة المال

بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال وهذا الاعلى وهو لا يملك
تزويج العبد

فصل

قال واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من
اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا ترى
ان الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه وان اشترى ذا رحم محرم منه ولا ولاد له لم يدخل
في كتابته عند ابي حنيفة رح وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما
ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد
حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرهما حتى لا تجب نفقة
الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها
بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد
الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه قال واذا اشترى ام ولده
دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولدها اما دخول الولد في الكتابة فلما
ذكرنا واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها وان
لم يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد رح لانها ام ولده خلافا لابي حنيفة رح وله ان القياس
ان يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا انه
يثبت هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت
ابتداء والقياس ينفيه وان ولد له ولد من امة له دخل في كتابته لما بينا في المشترى فكان
حكمه كحكمه وكسبه له لان كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه
وكذلك ان ولدت المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيهما موكدا فيسري الى الولد كالتدبير
والاستيلاد قال ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه لم يدخل في كتابتها

وكان كسبه لها لأن تبعية الأم أرجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال

وإن تزوج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت أنها حرة فولدت منه ثم استحقت

فأولادها عبيد لا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج وهذا عند أبي حنيفة

وأبي يوسف وقال محمد أولادها أحرار بالقيمة لأنه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور

وهذا لأنه ما رغب في نكاحها إلا لينال حرية الأولاد ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا

وهذا لأن الأصل أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية خالفنا هذا الأصل في الحر بإجماع الصحابة

وهذا ليس في معناه لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق

فيبقى على الأصل فلا يلحق به قال وإن وطئ المكاتب أمة على وجه الملك بغير إذن المولى ثم استحقها

رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة وإن وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك

المأذون له ووجه الفرق أن في الفصل الأول ظهر الدين في حق المولى لأن التجارة وتوابعها داخلة تحت

الكتابة وهذا العقر من توابعها لأنه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر أما

لم يظهر في الفصل الثاني لأن النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة قال و

إذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في المكاتبة وكذلك العبد

المأذون له لأنه من باب التجارة فإن التصرف تارة يقع صحيحا وتارة يقع فاسدا والكتابة والإذن ينتظمانه

بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى **فصل** قال وإذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار

إن شاءت مضت على الكتابة وإن شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد له لأنها تلقتها جهتا حرية

عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لأن المولى يملك

الإعتاق في ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة وإذا مضت على الكتابة أخذت

العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ثم إن مات المولى عتقت بالاستيلاد

ويسقط عنها بدل الكتابة وإن ماتت هي وتركت مالاً تؤدي منه مكاتبتها وما بقي ميراث
لابنها جرياً على موجب الكتابة فإن لم تترك مالاً فلا سعاية على الولد لأنه حر ولو ولدت
لم يلزم المولى إلا أن يدعي لحرمة وطئها عليه فلو لم يدع وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد
لأنه مكاتب تبعاً لها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لأنه بمنزلة أم الولد إذ هو ولدها
فيتبعها قال وإذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك
بالكتابة ولا تنافي بينهما لأنه تلقتها جهتا حرية فإن مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق
عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لأن الغرض من إيجاب البدل العتق عنده
فإذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها من غير فائدة
غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد لأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الأولاد والأكساب
لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرنا ولو أدت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لبقائها
قال وإن كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي إذ الحرية غير ثابتة وإنما الثابت
الاستحقاق وإن مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة
وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف تسعى في الأقل منهما وقال محمد تسعى في الأقل من ثلثي قيمتها
وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار فأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار مع محمد في نفي الخيار
أما الخيار فرع تجزي الإعتاق عنده لما تجزى بقي الثلثان رقيقاً وقد تلقتها
جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها
فهي حرة ووجب عليها أحد المالين فتختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخيير وأما المقدار فلمحمد أنه
قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير من قبل ألا ترى أنه
لو أدى البدل بعد ما عتقت بالموت يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط الثلث إذا

التدبير عن الكتابة وعندهما أن جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء وهذا
لأن البدل وإن قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وإرادة لأنها استحقت حرية الثلث
ظاهرا والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته كما إذا طلق امرأته ثنتين
ثم طلقها ثلاثا على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإرادة كذا ههنا
بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لأن البدل مقابل بالكل إذ لا استحقاق
عنده في شيء فافترقا قال وإن دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار إن شاءت مضت على
الكتابة وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فإن مضت
على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار إن شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند
أبي حنيفة وقالا تسعى في الأقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا أما المقدار
فمتفق عليه ووجهه ما بينا قال وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه لقيام ملكه فيه
وسقط بدل الكتابة لأنه ما التزمه إلا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وإن
كانت لازمة في جانب المولى ولكنها تفسخ برضاء العبد والظاهر رضاه توسلا إلى عتقه بغير بدل مع
سلامة الأكساب له لأنا نبقي الكتابة في حقه قال وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة
معجلة فهو جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا
ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه
لا يقدر على الأداء إلا به فأعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا
يكون ربوا ولأن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والأجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف
العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه فكان ربوا والأجل فيه شبهة قال وإذا كاتب المريض عبده على
ألفي درهم إلى سنة وقيمته ألف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فإنه يؤدي ثلثي الألفين

والباقي الى اجله او يُرَدّ رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يؤدي ثلثي الالف
حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله ان يؤخرها وصار
كما اذا خالع المريض امرأته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولهما ان جميع المسمّى بدل
الرقبة حتى أُجري عليها احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل اسقاط
معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل
فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا اذا باع المريض داره بثلثة آلاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة فانه
يقال للمشتري ادّ ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع عنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه
لما بينا من المعنى قال وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة يقال له ادّ ثلثي القيمة حالا او ترد
رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة ههنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما

باب من يكاتب عن العبد

واذا كاتب الحرّ عن عبد بالف درهم فان ادّى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة
المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو
حر فكاتبه المولى على هذا فيعتق بادائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت
موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادّى لا يعتق قياسا
لانه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق باداء القائل
فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الالف على العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب ولو ادّى الحر
البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع قال واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو
غائب فان ادّى الشاهد او الغائب عتقا ومعنى المسئلة ان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي
وعلى فلان الغائب وهذه الكتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها

ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه
ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا
كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شيء واذا
امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله ان ياخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا
فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه قال وايهما ادى عتقا ويجبر المولى على
القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار
كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن
الدين عليه قال وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع
به غير مضطر اليه قال وليس للمولى ان ياخذ العبد الغائب بشيء لما بينا فان قبل العبد الغائب او لم
يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول
الغائب فلا يتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى
لا يرجع عليه كذا هذا قال واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز و
ايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة
واولادها تبعا على ما بيناه في المسئلة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل
الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما
وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لانها تفيد الحرية
من جهته فيقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما

المولى ثم اذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا
كان كل المقبوض له ولهما ان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو
اصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك
بعد العجز قال واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها
الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول لانه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته
لقيام الملك له فيها وصار نصيبه ام ولد له لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر
امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة ولو ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته
لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها
ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطئه سابق ويضمن لشريكه نصف قيمتها لانه تملك
نصيبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال
العقر وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد
المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر
وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها
لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرناه كله قول
ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح هي ام ولد للاول ولا يجوز وطء الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها ام ولد له لان
امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تتضرر به
المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة
اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صارت كلها ام ولد للاول فالثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه
ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطء لا يعرى

عن أحد العقرين ولو بقيت الكتابة وصارت مكاتبة له قبل أن يجب عليها نصف بدل

الكتابة لأن الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل

البدل لأن الكتابة لم تنفسخ إلا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل

في حقه نظرا للمولى وإن كان لا يتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها

بأبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق يرد إلى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا قال ويضمن

الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف نصف قيمتها مكاتبة لأنه تملك نصيب شريكه وهي

مكاتبة فيضمنه موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان التملك وفي قول محمد يضمن الأقل من نصف قيمتها

ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل

على اعتبار الأداء فللتردد بينهما يجب أقلهما قال وإن كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم

عجزت بطل التدبير لأنه لم يصادف الملك أما عندهما فظاهر لأن المستولد تملكها قبل العجز

وأما عند أبي حنيفة رح فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطي فتبين أنه مصادف

ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لأنه يعتمد الغرور على ما مر قال وهي أم ولد للأول

لأنه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه نصف عقرها ونصف

قيمتها لأنه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد الأول

لأنه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا قال وإن كانا كاتباها ثم أعتقها

أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند

أبي حنيفة رح وقالا لا يرجع عليها لأنها لما عجزت وردت في الرق تصير كأنها لم تزل قنة والجواب فيه

على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات بغيرها كما هو مسألة تجزي الإعتاق وقد قررناه في الإعتاق فأما قبل العجز

ليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة رح لأن الإعتاق لما كان يتجزى عنده كان أثره أن يجعل نصيب

غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما
لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا او
يستسعي العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار قال

وان كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الآخر وهو موسر فان شاء الذي

دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق

وان اعتقه احدهما ثم دبره الآخر لم يكن له ان يضمن المعتق ويستسعي العبد او
يعتق وهذا عند ابي حنيفة رح ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما
يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين
والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه
يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة
نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا
لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا
قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلثة البيع واشباهه والاستخدام وامثاله والاعتاق
وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى
ملك كما اذا غصب مدبرا فابق واذا اعتقه احدهما اولا كان للآخر الخيارات الثلث عنده فاذا دبره
لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار العتق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال ابو يوسف
ومحمد رح اذا دبره احدهما فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير
ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار
ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن وان اعتقه احدهما فتدبير الآخر باطل

لان الاعتاق لا يتجزى فيعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده فيضمن نصف قيمته ان كان موسرا او يسعى العبد في ذلك لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف ذلك باليسار والاعسار عندهما.

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قال واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين او الثلاثة نظرا للجانبين والثلث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان احسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول النجم فلا بد من امهال مدة استيسارا واولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه بخلاف اليومين والثلثة لانه لا بد منهما لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا والآثار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها قال فان اخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى وان لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضاء كالرد بالعيب بعد القبض قال واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه او على مولاه وقد زال التوقف قال فان مات المكاتب وله مال

لم ينفسخ الكتابة وقضي ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حيوته وما بقي
فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده وهذا قول علي وابن مسعود وبه اخذ علماؤنا وقال
الشافعي رح تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رض
ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت بعد الموت
مقصودا او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد
الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه عقد
معاوضة ولا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة
الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل اولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت
انفى للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا او تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى
ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات قال وان

لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل
وعتق الولد لان الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء وان
ترك ولدا مشترى في الكتابة قيل له اما ان تؤدي بدل الكتابة حالا او ترد رقيقا عند ابي حنيفة رح
واما عندهما يؤديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع انه مكاتب عليه تبعا له
ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولابي حنيفة رح وهو الفرق بين الفصلين ان
الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه لم يضف اليه
العقد ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فيسري

الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه
لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حيوته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه

فى الكتابة فيكون هذا جزاء من جزء وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان
الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد فاذا حكم بجزئية الاب حكم
بجزئيته فى تلك الحالة على ما مر **قال** فان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء
بمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء
يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالى الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه
يحتمل ان يعتق فينجر الولاء الى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا وان اختصم موالى
الام وموالى الاب فى ولائه فقضى به لموالى الام فهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف فى الولاء مقصودا
وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا انفسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالى
الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالى الاب وهذا فصل مجتهد فيه
فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا **قال** وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه
ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت
الاشارة النبوية فى حديث بريرة رضى الله عنها هى لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا ابيح
للفقير لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل الملك فلا يطيب ونظيره المشترى
شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب
وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر لان بالعجز يتبدل الملك عنده وكذا عند ابى يوسف رحمه الله وان كان بالعجز
يتقرر ملك المولى عنده لانه لا خبث فى نفس الصدقة وانما الخبث فى فعل الآخذ لكونه اذلالا
فلا يجوز ذلك للغنى من غير حاجة وللهاشمى لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى فصار
كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقى فى ايديهما ما اخذا من الصدقة
حيث يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقى من الصدقة فى يده **قال**

وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فإنه يدفع أو يفدي لأن هذا موجب جناية
العبد في الأصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء إلا أن الكتابة
مانعة من الدفع فإذا زال عاد الحكم الأصلي وكذلك إذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز
لما قلنا من زوال المانع وإن قضي به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق
من الرقبة إلى قيمته بالقضاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع أبو يوسف رحمه الله إليه وكان يقول
أولا يباع فيه وإن عجز قبل القضاء وهو قول زفر رحمه الله لأن المانع من الدفع هو الكتابة قائم وقت الجناية
فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وأم الولد ولنا أن المانع قابل للزوال
للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضاء وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل
القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاد
لأنهما لا يقبلان الزوال بحال قال وإذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي إلى إبطال
حق المكاتب إذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل له أد المال إلى ورثة المولى على نجومه
لأنه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير إلا أن
الورثة يخلفونه في الاستيفاء فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه لأنه لم يملكه وهذا لأن المكاتب
لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بسبب الوراثة فإن أعتقوه جميعا عتق وسقط عنه بدل
الكتابة لأنه يصير إبراء عن بدل الكتابة فإنه حقهم وقد جرى فيه الإرث فإذا برئ المكاتب عن
بدل الكتابة يعتق كما إذا أبرأه المولى إلا أنه إذا أعتقه أحد الورثة لا يصير إبراء عن نصيبه
لأنا نجعله إبراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والإعتاق لا يثبت بإبراء البعض أو أدائه في المكاتب
لا في بعضه ولا في كله ولا وجه إلى إبراء الكل لحق بقية الورثة والله أعلم

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق
قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة
وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر بأشياء
وقرر النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم
والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف قال واذا اعتق المولى
مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ولانه التناصر به فيعقله وقد احياه معنى
بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد وكذا ان اعتقت المرأة لان المعتق لما روينا ومات
لابنة حمزة رضي الله عنها وعن بنت فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق
بمال او بغير مال لاطلاق ما ذكرنا قال فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط
مخالف للنص فلا يلغو قال واذا ادى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق
عليه بما باشره من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه
وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات المولى عتق مدبروه
وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد ومن ملك
ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه

واذا تزوج عبد رجل امة لآخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها
وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يقبل
الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا وكذا اذا ولدت ولدا لاقل من ستة
اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق او ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر لانهما
توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت المعتقة وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون

ولاء الولد لموالي الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول
وهو ليس بمحل له **قال** فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ولدا فولاؤه لمولى
الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق
حتى يعتق مقصودا فان اعتق الاب جر الاب ولاء ابنه وانتقل عن مولى الام الى مولى الاب لان العتق ههنا
في الولد يثبت تبعا للام بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء
لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى
مولى الام كانت لعدم اهلية الاب ضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بمنزلة ولد الملاعنة
ينتسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه ينتسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة
عن موت او طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى
لموالي الام وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطي
وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا
عند الاعتاق فعتق مقصودا وفي الجامع الصغير فاذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا
فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالي فالحقوا
بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا فان اعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه
لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا لانهم حين عقلوا كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت
للاب مقصورا لان سببه مقصور وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام
ثم اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هناك يثبت مستندا الى وقت العلوق

وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون **قال** ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له اولادا
فولاء اولادها لمواليها عند ابي حنيفة رحمه الله قال رضي الله عنه وهو قول محمد رحمه الله وقال

ابو يوسف رحمه الله حكمه حكم ابيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما ان الولاء قوى معتبر فى حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب فى حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوى لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة فى حكم الكفاءة والعقل لما ان تناصرهم بها فاغنت عن الولاء قال رضى الله عنه الخلاف فى مطلق المعتقة والوضع فى معتقة العرب وقع اتفاقا وفى الجامع الصغير نبطى كافر تزوج بمعتقة قوم ثم اسلم النبطى ووالى رجلا ثم ولدت اولادا قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله مواليهم موالى امهم وقال ابو يوسف رحمه الله مواليهم موالى ابيهم لان الولاء وان كان اضعف فهو من جانب الاب فصار كالمولود بين واحد من الموالى وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاة اضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر فى مقابلة القوى ولو كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب او لان النصرة به اكثر قال وولاء العتاقة تعصيب وهو احق بالميراث من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذى اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وورث ابنة حمزة رضى الله عنه على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبة يقدم على ذوى الارحام وهو المروى عن على رضى الله عنه فان المعتق عصبة من ادمن لان المعتق آخر العصبات وهذا لانه عليه السلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثانى فتاخر عن العصبة دون ذوى الارحام قال فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى منه لما ذكرنا وان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق تاويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقى بعد فرضه لانه عصبة على

ما روينا ولهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالموالي الانتصار على ما مر
والعصبة يأخذ ما بقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته لانه
ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ
ورد الحديث عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وفي آخره او جر ولاء معتقهن او معتق معتقهن وصار ما
ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى
مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة
وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث
ويخلفه فيه من يكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء للابن عند ابي حنيفة
ومحمد لانه اقربهما عصوبة وكذلك الولاء للجد دون الاخ عند ابي حنيفة لانه اقرب في العصوبة
عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا الا ان عقل جناية المعتق على اخيها
لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى ابنا واولاد ابن آخر معناه بني ابن آخر فميراث
المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة منهم عمر وعلي وابن مسعود
وغيرهم رضي الله عنهم اجمعين ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب

فصل في ولاء الموالاة

قال واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه اذا جنى او اسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله
على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي الموالاة ليس بشيء لان فيه
ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان
لم يكن له وارث لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم
فآتوهم نصيبهم والآية في الموالاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن رجل اسلم على يد رجل آخر ووالاه
فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث في الحالتين هاتين ولان ماله حقه

فيصرفه الى حيث يشاء والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا انه مستحق قال وان كان له
وارث فهو اولى منه وان كانت عمة او خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما
وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط
ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة قال و
للمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى
ان يتبرأ عنه لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا
بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في
الوكالة قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه الى غيره لانه تعلق به حق الغير و
لانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا
اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهما في حق الولاء كشخص واحد قال
وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم
لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق
اذا خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة
والذي قاله ابو حنيفة ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون
المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه الا
للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط
خوف المكره وقوع ما يهدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل

قال وإذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف أو يؤاجر داره وأكره
على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع
وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى إلا أن تكون تجارة عن
تراض منكم والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضاء فيفسد بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو
حبس يوم أو قيد يوم لأنه لا يبالي به بالنظر إلى العادة فلا يتحقق به الإكراه إلا إذا كان الرجل صاحب
منصب يعلم أنه يستضر به لفوات الرضاء وكذا الإقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب
وعند الإكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة ثم إذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا
وعند زفر لا يثبت لأنه بيع موقوف على الإجازة ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك
ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار
كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا
لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وبإجازة المالك يرتفع المفسد
وهو الإكراه وعدم الرضاء فيجوز إلا أنه لا ينقطع به حق استرداد البائع وإن تداولته الأيدي ولم يرض
البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لأن الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع
الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته أما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الأول لحق الثاني
قال رضي الله عنه ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري
من غيره لأن الفساد لفوات الرضاء ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا
بالهازل ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الأحكام على ما هو المعتاد للحاجة إليه

قال فإن كان قبض الثمن طوعا فقد أجاز البيع لأنه دليل الإجازة كما في البيع الموقوف وكذا إذا سلم
طائعا بأن كان الإكراه على البيع لا على الدفع لأنه دليل الإجازة بخلاف ما إذا أكره على الهبة ولم يذكر

او حبس يوم فيكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع
وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع قال وان قبضه
مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده لفساد العقد قال وان هلك المبيع
في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم
عقد فاسد وللمكره ان يضمن المكره ان شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع مال البائع
الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة
لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه
بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز
المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل
الى الجواز والله اعلم **فصل** وان اكره على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر ان اكره على ذلك بحبس او ضرب او
قيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه فاذا خاف على ذلك وسعه
ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة
كما في حالة المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او على العضو حتى لو خيف
ذلك بالضرب وغلب على ظنه ذلك يباح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به فان
صبر حتى اوقعوا به ولم ياكل فهو آثم لانه لما ابيح كان بالامتناع معاونا لغيره على هلاك نفسه
فياثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف انه لا ياثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فكان آخذا
بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم فكان
اباحة لا رخصة الا انه انما ياثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل
فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب قال وان اكره على الكفر بالله تعالى والعياذ

بالله او سب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها

حتى يكره بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه

في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى واحرى قال فاذا خاف على ذلك وسعه ان يظهر

ما امروه به ويوري فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر

حين ابتلي به وقد قال له النبي عليه السلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال

عليه السلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية ولان بهذا

الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه

قال فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان ماجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول

عليه السلام سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين

عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء قال وان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه او

عضو من اعضائه وسعه ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة

وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من

هذا القبيل وان اكرهه بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما

لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة والقصاص على المكره ان كان القتل عمدا

قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال زفر يجب على المكره وقال ابو يوسف لا يجب

عليهما وقال الشافعي يجب عليهما لزفر ان الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر

الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فاضيف

الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي في جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل

منه وللتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف ان القتل بقي

مقصوراً على المكرَه من حيث نظراً الى التأثيم واضيف الى المكرِه من حيث نظراً الى الحمل فدخلت
الشبهة في كل جانب وقطعاً انه محمول على القتل بطبعه ايثاراً لحيوته فيصير آلة للمكرِه
فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فيبقى الفعل
مقصوراً عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل
الى المكرِه في الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا قال وان اكره على طلاق امرأته او عتق عبده
ففعل وقع ما اكره عليه عندنا خلافاً للشافعي وقد مر في الطلاق قال ويرجع على الذي اكرهه
بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فاضيف اليه فله ان يضمنه موسراً كان
او معسراً ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق الغير
ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكرِه على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه قال ويرجع بنصف
مهر المرأة ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكرِه بما لزمه من المتعة لان ما عليه
كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق فكان اتلافاً للمال من
هذا الوجه فيضاف الى المكرِه من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر قد تقرر بالدخول
لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحساناً لان الاكراه
في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكرِه استحساناً لان مقصود المكرِه
زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكرِه بما
لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه
لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع
من جانبه طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرهاً على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام
قال وان اكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف

وجهه لا يلزمه الحد وقد ذكرناه في الحدود قال واذا اكره على الردة لم تبن امرأته منه لان الردة
تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك
فلا يثبت البينونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن
بالايمان فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل
على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل
رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقده
فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل
ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة
لانه اقر انه طائع باتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال اردت ما طلب مني
وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لانه اقر انه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم
لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا اكره على الصلوة للصليب وسب محمد النبي عليه السلام ففعل
وقال نويت به الصلوة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبي عليه السلام بانت منه قضاء لا ديانة
ولو صلى للصليب وسب محمدا النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلوة لله تعالى وسب غير النبي
عليه السلام بانت منه ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى والله اعلم

كتاب الحجر

قال الاسباب الموجبة للحجر ثلثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه
ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال اما الصغير فلنقصان عقله
غير ان اذن الولي آية اهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق
الدين به غير ان المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون لا تجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال

اما العبد فاهلٌ فى نفسه والصبى يرتقب اهليته فلهذا وقع الفرق قال ومن باع من
هؤلاء شيئا او اشترى وهو يعقل البيع ويقصده فالولى بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة
وان شاء فسخه لان التوقف فى العبد لحق المولى فيتخير فيه وفى الصبى والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما
فيه ولا بد ان يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده
وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذى يصلح وكيلا عن غيره كما بينا فى الوكالة فان قيل
التوقف عندكم فى البيع اما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما
فى شراء الفضولى وههنا لم نجد نفاذا لعدم الاهلية او لضرر المولى فوقفناه قال وهذه المعانى
الثلاثة توجب الحجر فى الاقوال دون الافعال لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال
لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات
كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد فى ذلك شبهة فى حق الصبى والمجنون قال والصبى والمجنون
لا تصح عقودهما ولا اقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله عليه السلام كل طلاق
واقع الا طلاق الصبى والمعتوه والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبى على المصلحة فى الطلاق بحال
لعدم الشهوة ولا وقوف للولى على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان
على اجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود وان اتلفا شيئا لزمهما ضمانه احياء
لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذى يتلف بانقلاب النائم
عليه والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القول على ما بيناه قال فاما العبد فاقراره نافذ
فى حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ فى حق مولاه رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين
برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال فان اقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الاهلية وزوال
المانع ولم يلزمه فى الحال لقيام المانع وان اقر بحد او قصاص لزمه فى الحال لانه مبقى على اصل الحرية

زجر له حتى لا يبيع اقرار المولى عليه بذلك ينفذ طلاقه لما روينا ولقوله عليه السلام
لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان اهلا
وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ والله اعلم

باب الحجر للفساد

قال ابو حنيفة رح لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان
مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد رح وهو قول
الشافعي رح يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي
يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير
وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من
يده ولابي حنيفة رح انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته
اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو اشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان
في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه
اذ هو دفع ضرر الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه
عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة باعطاء آلة القدرة والجري على خلافه
لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والتبرعات والصدقات وذلك يقف
على اليد قال واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر
منه فتوى وليس بقضاء الا يرى انه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء
مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه
ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة

٢٧١

اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلّم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرّف فيه قبل
ذلك نفذ تصرّفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلّم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقالا
لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يؤنس رشده ولا يجوز تصرّفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة
وصار كالصبا ولابي حنيفة رح ان منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا و
غالبا الا ترى انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار اثر
الصبا وهو في اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال ابو حنيفة رح
لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتأتى التفريع على قوله
وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر
عليه وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب
الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي
جاز عند ابي يوسف رح لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره
فلا بد من فعل القاضي وعند محمد رح لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة
الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما
وعند الشافعي رح لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان
السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة
العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده
ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق
والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذلك من السفيه واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر
لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد رح

٢٧٣

انه لا يجب السعاية لانها لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق

غير المعتق ولو دبر عبدا جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا يجب السعاية ما دام

المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته

وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان

الولد حرا والجارية ام ولد له لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها

ولد وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه

كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض

اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل قال وان تزوج امرأة جاز نكاحها لانه لا يؤثر فيه الهزل

ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح

وبطل الفضل لانه لا ضرورة فيه وهو التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة فصار كالمريض

مرض الموت ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل

وكذا اذا تزوج باربع نسوة او كل يوم واحدة لما بينا قال وتخرج الزكوة من مال السفيه لانها

واجبة عليه وينفق على اولاده وزوجته ومن تجب نفقته عليه من ذوي ارحامه لان احياء ولده و

زوجته من حوائجه والانفاق على ذي الرحم واجب عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس

الا ان القاضي يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها عبادة

لكن يبعث امينا معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع الى امينه ليصرفه لانها

ليست بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال

بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذر امواله بهذا الطريق

ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها لانها واجبة عليه بايجاب

لله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه
في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لاختلاف
العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران لانه لا يمنع من
افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن
موضع الخلاف اذ عند عبد الله ابن عمر رض لا يجزيه غيرها وهي جزور او بقرة فان مرض
واوصى بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك في ثلثه لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه
عن امواله والوصية تخلف ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا في كفاية المنتهى قال
ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطارئ سواء وقال الشافعي رح يحجر
عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل اهلا للولاية والشهادة عنده ولنا
قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم الآية وقد اونس منه نوع رشد فيتناوله النكرة
المطلقة ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه
فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي رح بسبب الغفلة وهو ان يغبن في التجارات
ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له **فصل في حد البلوغ** قال بلوغ الغلام
بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند ابي حنيفة
وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا
عند ابي حنيفة وقالا رح اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن
ابي حنيفة رح وهو قول الشافعي رح وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد ان يطعن في التاسع
عشرة سنة ويتم له ثماني عشرة سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض
النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة اما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال

ولا يكون ذلك الا مع الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى المدة
لذلك في حق الغلام اثنا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين واما السن فالعبرة للعادة الفاشية
في ان البلوغ لا يتاخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد الصبي
ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس رض وتابعه القتبي وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم
عليه للتيقن به غير ان الاناث نشوهن وادراكهن اسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها
على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة قال واذا راهق الغلام او الجارية
الحلم واشكل امره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله واحكامه احكام البالغين لانه معنى لا يعرف
الا من جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض

باب الحجر بسبب الدين

قال ابو حنيفة رح لا احجر في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه
لم احجر عليه لان في الحجر اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص فان كان له مال لم يتصرف فيه
الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في
ايفاء الدين ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه
البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوزناه نظرا له وفي هذا الحجر
نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع ان يكون باقل من
ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال وباع ماله
ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لان البيع مستحق عليه
لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة
والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة
والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف وان صح البيع كان الحبس اضرارا بهما

بتاخير حق الدائن و تعذيب للمديون فلا يكون مشروعا قال ان كان دينه دراهم وله دراهم
قضى القاضي بغير امره وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي ان يعينه
وان كان دينه دراهم وله دنانير او على ضد ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند ابي حنيفة
استحسان والقياس ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان ياخذه جبرا وجه
الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي
ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض
لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها اما النقود فوسائل فافترقا ويباع في الدين النقود ثم العروض
ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون
ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه
لا بد له من ملبس قال فان اقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه
تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك
لانه مشاهد لا مرد له ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حقهم لم يتعلق
به لعدمه وقت الحجر قال وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي
ارحامه ممن تجب نفقته عليه لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه
حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها اسوة
للغرماء قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه
الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب
القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له يعني خلى سبيله
لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته

وان لم يكن اخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطؤها لا يمنع عنه لانه قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي قال ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله تعالى غاد ورائح ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال حق الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها لما فيه من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة امينة تلازمها

قال ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته

للمساواة وصار كالسلم وكذا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة اعني الدين وبقبض العين يصير مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطي للعين حكم الدين والله اعلم.

كتاب المأذون

الاذن هو الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا لتعلق الدين برقبته او كسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التوقيت حتى لو اذن لعبده يوما كان مأذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي رح ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او للاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات ومعنى هذه المسئلة ان يقول له اذنت لك في التجارة ولا يقيده ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع او اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة رح خلافا لهما هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن كالهبة وله انه تجارة والعبد متصرف

باهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع
ماله اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث
للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري اد جميع المحاباة والا فاردد البيع كما في الحر
وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشراء لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال
ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة فانه ايفاء واستيفاء ويملك ان يتقبل الارض ويستاجر
الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل
الربح ويشتري طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال عليه السلام الزارع
يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها لانه من عادة
التجار وله ان يؤجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رح هو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على
منافعها لانها تابعة لها ولنا ان نفسه راس ماله فيملك التصرف فيها الا اذا كان يتضمن
ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة
فلا ينحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه قال فان اذن له في نوع منها دون غيره
فهو ماذون في جميعها وقال زفر والشافعي رح لا يكون ماذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا
الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد
الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص
بما خصه كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر
مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره
فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه
الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المولى فيه قال وان اذن له

في شيء بعينه فليس بمأذون لانه استخدام ومعناه ان يأمره بشراء ثوب للكسوة او طعام
رزقاً لاهله وهذا لانه لو صار مأذوناً ينسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال ادّ اليّ
الغلة كل شهر كذا او قال ادّ اليّ الفاً وانت حر لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالكسب او
قال له اقعد صباغاً او قصاراً لانه اذن بشراء ما لا بد منه فيهما وهو نوع فيصير مأذوناً في الانواع

قال واقرار المأذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم
يقبل لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار
في صحته وان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة
لانه كالمحجور في حقه قال وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا يزوج مماليكه وقال ابو يوسف
يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس
بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة
عنان والاب والوصي قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل
بفك الحجر فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائباً
عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير قال ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة
فالاعتاق اولى قال ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان
كل ذلك تبرع بصريحه ابتداءً وانتهاءً او ابتداءً فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال الا ان يهدي
اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه لانه من ضرورات التجارة استجلاباً لقلوب المجاهزين
بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلاً فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن ابي يوسف ان
المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف
ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمرأة ان تتصدق

من منزله او حملها الشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان في ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال وله ان يحط
من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب
ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار ولا
كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه وله ان يؤجل في دين قد وجب له لانه
من عادة التجار قال وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي
لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن
لا تفويت مال قد كان له وذلك في تعلقه الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه على الدين يحصل له
لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن
ولنا ان الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك
والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن وتعلق الدين
برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر في حقه
بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير انه يبدأ
بالكسب في الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من
الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو في معناها كالبيع والشراء
والاجارة والاستيجار وضمان المغصوب والودائع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر
بوطي المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص
لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر
الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن
المشتري ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من

الهبة لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه
من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين لأنه لو لم يمكن منه
يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم
حقهم قال فإن حجر عليه لم يصر محجورا حتى يظهر حجره بين أهل سوقه لأنه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم إلى
ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم أكثر أهل سوقه
حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز وإن بايعه الذي علم
بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحضر من أكثر أهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك
مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عم ويبقى العبد مأذونا إلى أن يعلم بالحجر كالوكيل
إذا لم يعلم بالعزل وهذا لأنه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ملكه بعد العتق وما رضي
به وإنما يشترط الشيوع في الحجر إذا كان الإذن شائعا أما إذا لم يعلم به إلا العبد ثم حجر عليه بعلم
منه ينحجر لأنه لا ضرر فيه قال ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب مرتدا صار المأذون
محجورا عليه لأن الإذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هذا
هو الأصل فلا بد من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق
لأنه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته قال وإذا أبق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رح
يبقى مأذونا لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب قلنا إن الإباق حجر
دلالة لأنه إنما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء الإذن
لأن الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لأن الانتزاع من يد الغاصب
متيسر قال وإذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها خلافا لزفر رح وهو يعتبر البقاء
بالابتداء ولنا أن الظاهر أنه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لأن الصريح

قائم على الدلالة وتضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به
يمتنع البيع وبه يقضي حقهم قال واذا استدانت الامة المأذون لها اكثر من قيمتها فدبرها
المولى فهي مأذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة
بين حكميهما ايضا والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في ام الولد قال فاذا حجر على المأذون فاقراره
جائز فيما في يده من المال عند ابي حنيفة رح ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او غصب
منه او يقر بدين عليه فيقضى مما في يده وقال ابو يوسف ومحمد رح لا يجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره
ان كان هو الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور غير معتبرة وصار
كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في
حق الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار المأذون فيما اخذه المولى من
يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل
تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما
فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف
ما اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن
خصما فيما باشره قبل البيع قال واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده
ولو اعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة رح وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته
لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة ولهذا يملك اعتاقه ووطي الجارية المأذون
لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث والنظر في ضده عند احاطة الدين
بتركته اما ملك المولى ما ثبت نظرا للعبد وله ان الملك للمولى انما يثبت خلافة عن العبد عند
فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه

فيه اذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فرعه واذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق
حقهم به قال وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا
عنده لانه لا يعرى عن قليله فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود
من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه قال وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز
لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين محيط بكسبه وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف
ما اذا حابى الاجنبي عند ابي حنيفة رح لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته
حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق
الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقالا ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة
وان شاء نقض البيع وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك ان الامتناع
لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة
حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منها متردد بين التبرع والبيع
لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي
لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز اصلا عنده وعندهما
يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على اصلهما الا باذن المولى ولا
اذن في البيع مع الاجنبي وهو اذن بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذان
القولان على اصلهما قال وان باعه المولى شيئا بمثل القيمة او اقل جاز البيع لان المولى اجنبي عن
كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة في هذا البيع لانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد
ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من اخذ الثمن بعد ان لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف
تتبع الفائدة فان سلم المبيع اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من حيث

حيث الحبس فيبقى بعد سقوطه ببقي في المديون لا يستوجبه المولى على عبده إلا إذا كان
عوضاً لانه يتعين بجعله فيبقى حقه متعلقاً بالعين قال وإن امسكه في يده حتى يستوفي الثمن
جاز لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان اخص به من سائر الغرماء وجاز ان يكون للمولى
حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين ولو باعه باكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة او ينقض البيع كما ذكرنا
في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال واذا اعتق المولى المأذون وعليه ديون
فعتقه جائز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعاً
واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق لان الدين في ذمته وما لزم المولى
الا بقدر ما اتلف ضماناً فبقي الباقي عليه كما كان فان كان اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم
بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر وام الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء
لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفاً حقهم فلا يضمن شيئاً قال فان باعه
المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته
وان شاء واضمنوا المشتري لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى
دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغييب فيخيرون في التضمين
وان شاءوا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق
كما في المرهون فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى ان يرجع بالقيمة فيكون
حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب
اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة
كذا هذا قال ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين فللغرماء ان يردوا البيع
لتعلق حقهم وهو الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد منهما فائدة فالاول

تام موفر والثاني بأقصى ما يمكن بالبيع فيفوت هذا الخيرة فلهذا المعنى يضيف اليه وولايته تتوصل
اليه القرفان حصل ولا محاباة في البيع ليس للمقرين ان يردوه لوصول حقهم اليه قال فان كان البائع
غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري معناه اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال
ابو يوسف رح المشتري خصم ويقضي لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها
وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله في مسئلة
الشفعة لابي يوسف رح انه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى
يتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب قال ومن قدم مصرا فقال
انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل
عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر
هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل
قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه فان حضر فقال
هو مأذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله لانه متمسك
بالاصل **فصل** واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان
يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي رح لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه
ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة وصار
كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلوة لانه لا يقام بالولي وكذلك الوصية على اصله
فتحققت الضرورة الى تنفيذه منه اما البيع والشراء يتولاه الولي فلا ضرورة ههنا ولنا ان التصرف
المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات
والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي وبقاء ولايته

نظر الصبي لاستيفائه المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاة والشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد المأذون يفيد ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير ماذونا بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير ماذونا باذن الاب والجد والوصي دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي والله اعلم

كتاب الغصب

الغصب في اللغة عبارة عن اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال

ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان

ادفع الضرر قال فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون ومعناه
وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع
التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد ان الواجب المثل في
الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة
ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما
ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه
مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه
قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس
فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب فهو كالمكيل
حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له قال وعلى
الغاصب رد العين المغصوبة معناه ما دام قائما لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى
ترد وقال عليه السلام لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه ولان
اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة
مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين
مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم
بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها والتقويم
ثم قضى عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف
الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه فاذا
علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة قال والغصب فيما ينقل ويحول

لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يضمنه وهو قول ابي يوسف رح الاول وبه قال الشافعي رح لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على مابيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعّد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو سُلّمت فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال وما نقص منه بفعله او سكناه ضمنه في قولهم جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله فلو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بذلك والمشتري ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال وان انتقص بالزراعة يغرم النقصان لانه اتلف البعض فياخذ راس ماله ويتصدق بالفضل قال رض وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يتصدق بالفضل وسنذكر الوجه من الجانبين قال واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب رد القيمة او يتقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب وان نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض والاوصاف

تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف قال رضي الله عنه ومراده غير الربوي اما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان
مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا قال ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة
فعليه النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة قال رضي الله عنه وهذا عندهما ايضا وعنده لا يتصدق بالغلة
وعلى هذا الخلاف واذا اٰجر المستعير المستعار لابي يوسف انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان
فظاهر وكذا الملك في المضمون لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب عندنا
ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع
يحصل على صفة الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب
حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو ادى اليه
يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري
ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري
الا اذا كان لا يجد غيره لانه محتاج اليه فله ان يصرفه الى حاجة نفسه فلو اصاب مالا تصدق
بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا قال ومن غصب
الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف
درهم فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما واصله ان الغاصب والمودع اذا تصرف
في المغصوب او الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف وقد مرت الدلائل
وجوابهما في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان
التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب
اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها الثمن اما اذا
اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا

ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي رہ لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد ان يتأكد

بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا رہ لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو

المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمبسوط قال وان اشترى بالالف جارية تساوي الفين فوهبها

او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس

فصل

فيما يتغير بفعل الغاصب قال واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم

منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى

يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه

سيفا او صفرا فعمله آنية وهذا كله عندنا وقال الشافعي رہ لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن

ابي يوسف رہ غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا وعنده

يضمنه وعن ابي يوسف رہ انه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء

بعد موته للشافعي رہ ان العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح في

الحنطة والقتها في طاحونة الغير فطحنت ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك

على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل اصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها واربها

ولنا انه احدث صنعة متقومة صيّر حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه تبدل الاسم وفات

معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الاصل الذي هو فائت من وجه

ولا نجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث انه احداث الصنعة بخلاف الشاة لان

اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه

وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحسان والقياس ان يكون له ذلك وهو قول

الحسن وزفر رہ وهكذا عن ابي حنيفة رہ رواه الفقيه ابو الليث رہ ووجهه ثبوت الملك المطلق

للتصرف ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز وجه الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضاء صاحبها أطعموها الأسارى أفاد الأمر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء ولأن في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الإرضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد وإذا أدى البدل يباح له لأن حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا إذا أبرأه لسقوط حقه وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضاء منه لأنه لا يقضي إلا بطلبه وعلى هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها غير أن عند أبي يوسف يباح الانتفاع فيهما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما وأصله ما تقدم قال وإن

غصب فضة أو ذهبا فضربها دراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك مالكها عنهما عند أبي حنيفة

فيأخذها ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لأنه أحدث صنعة معتبرة صيرت حق المالك هالكا من وجه ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله أن العين باق من كل وجه ألا ترى أن الاسم باق ومعناه الأصلي الثمنية وكونه موزونا وأنه باق حتى يجري فيه الربا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من أحكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا لأنه لا قيمة عند المقابلة بجنسها قال ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك المالك عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي رحمه الله للمالك أخذها والوجه من الجانبين قلناه ووجه آخر لنا فيه أن فيما ذهب إليه إضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن

[illegible]

[illegible] فتاوى [illegible]

[illegible] ظاهر الرواية وجهه

[illegible] بكل واحد منهما وهو الصحيح

[illegible] الا الله

[illegible] بخلط [illegible]

[illegible] قال [illegible] بغير [illegible]

[illegible] الثوب [illegible] فيه وان

[illegible] جميع [illegible]

[illegible] النقصان لانه [illegible]

[illegible] الكتاب [illegible]

[illegible] النقصان [illegible]

[illegible] قال [illegible]

[illegible] عليه السلام [illegible]

[illegible] النسب [illegible]

[illegible] غير [illegible]

[illegible]

ويكونان له لان فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء او شجر
يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فتقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر
او بناء لصاحب الارض ان يامره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال ومن غصب ثوبا فصبغه احمر

او سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمه
للغاصب وان شاء اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي رح في الثوب لصاحبه
ان يمسكه ويامر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة بنى فيها لان التمييز ممكن
بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا من رعاية الجانبين والخيار لصاحب
الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساحة بنى فيها لان النقض له بعد النقض اما الصبغ فيتلاشى
وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية لصاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك
صاحب الاصل الصبغ قال ابو عصمة رح في اصل المسألة وان شاء رب الثوب باعه ويضرب
بقيمة ثوب ابيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له الولاية في الزام الصبغ بالقيمة وعند
امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع ويأتي هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد مر
الوجه في السويق غير ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم
فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا
وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه اسود فهو
نقصان عند ابي حنيفة رح وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان
ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير
هذا الموضع ولو كان ثوبا ينقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلثين درهما فتراجعت بالصبغ الى
عشرين فعن محمد رح انه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة ياخذ

ثم هو مسكه حرام لان حق المستحق يجبر بالصبغ **فصل** ومن غصب عينا فغيبها
فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي لا يملكها لان الغصب عدوان محض
فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى
ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل لحق المدبر ثم تعتمد نفوذ التدبير
بالقضاء لكن البيع يبيعه بما دون القن **قال** والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه لان المالك
يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك لانه
اثبتها بالحجة الملزمة **قال** فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك او ببينة
اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به
رضاء المالك حيث ادعى هذا المقدار **قال** فان كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار
ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث
يدعي الزيادة واخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في
هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي رحمه الله انه
لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لفوات الرضاء **قال** ومن غصب عبدا
فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان الملك الثابت
فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد والناقص يكفي
لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب **قال** وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب
امانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها مالكها فيمنعها اياه
وقال الشافعي رحمه الله زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو
اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون

مضموناً عليه لأنا نقول الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه ويد المالك
ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر
عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب او يتلفه
او يذبحه فيأكله او يبيعه ويسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من
الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع
على هذا اكثر مشائخنا ولو اطلق الجواب فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر بتكررها وتجب بالاعانة والاشارة
فلأن يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى واحرى قال وما نقصت الجارية بالولادة
في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال
زفر والشافعي لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابراً لملكه كما في ولد الظبية
وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة غيره او قطع
قوائم شجر غيره او خصى عبد غيره او علمه الحرفة فأضناه التعليم ولنا ان سبب الزيادة
والنقصان واحد وهو الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصاناً فلا يوجب
ضماناً وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت
او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع
وولد الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام
اذ الولادة لا تفضي اليه غالباً وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لأنه لا بد من رد اصله للبراءة
فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما
وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم
والزيادة سببها الفهم قال ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت في نفاسها

يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن في الامة ايضا لان الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت في يد البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالاتفاق

وله انه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذه فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بان كانت الجناية خطاء يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مولم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب

قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي رح يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في المذهبين بينما اذا عطلها او سكنها وقال مالك رح ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه له ان المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان وقد عرفت هذا الماخذ في المختلف ولا نسلم انها متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين

فصل في غصب ما لا يتقوم

قال واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن قيمتهما فان اتلفهما لمسلم لم يضمن وقال الشافعي رح لا يضمنهما للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي على ذمي او باعهما

الذمي من الذمي لانه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام فلا يجب
باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم
كالشاة لنا ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام واذا بقي التقوم
فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان
لا يدين تمولهما الا انه يجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه
اعزازا له بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر
وتملكها وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ما
ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا كان
لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة قال فان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه

فلصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد
بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بماله
قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس
فيبقى على ملكه اذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ
في الثوب فكان بمنزلته فلهذا ياخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه
وبيانه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب
ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع قال وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد

عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه
بالاجماع اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب
مثله لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له

يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما إذا
غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ولأنه واجب الرد فإذا فوته
عليه يخلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول
على اختلاف الجنس أما عند اتحاده يطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الأخذ
منه ثم الرد عليه وله أن التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه
ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع له في حق التقوم
ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما إذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد
حال قيامه لأنه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وإن لم يكن متقوما
بخلاف الذكي والثوب لأن التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما
فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لأن الجلد لا قيمة
بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك لأنه إذا
تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه ثم
قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل يضمنه قيمة جلد
ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء لأنه بمنزلة غسل الثوب
ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لأن وصف الدباغة هو الذي
حصله فلا يضمنه وجه الأول عليه الأكثرون أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه
وإذا صار الأصل مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بإلقاء الملح فيه قالوا عند أبي حنيفة رحمه الله
صار ملكا للغاصب ولا شيء له عليه وعندهما أخذه المالك وأعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ
الجلد ومعناه هاهنا أن يعطي مثل وزن الملح من الخل وإن أراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو

على ما قيل وقيل في دبغ الجلد إذا استهلكه لا يضمنها عند أبي حنيفة رح خلافاً لهما كما في دبغ الجلد ولو
خللها بإلقاء الخل فيها فعن محمد رح أنه إن صار خلاً من ساعته يصير ملكاً للغاصب ولا شيء عليه
لأنه استهلاك له وهو غير متقوم وإن لم يصر خلاً إلا بعد حين بأن كان الملقى فيه خلاً قليلاً فيه خلاف
بينهما على قول محمد رح كلها لأنه خلط الخل بالخل في التقدير وهو على أصله ليس باستهلاك فعند أبي حنيفة
هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه لأن نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لأنه
أتلف ملك نفسه وعند محمد رح لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الأول أيضاً ويضمن في الوجه الثاني
لأنه أتلف ملك غيره وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على إطلاقه أن للمالك أن يأخذ الخل
في الوجوه كلها بغير شيء لأن الملقى يصير مستهلكاً في الخمر فلم يبق متقوماً وقد كثرت فيه أقوال المشايخ

وقد أثبتناها في كفاية المنتهى قال ومن كسر لمسلم بربطاً أو طبلاً أو مزماراً أو دفاً أو أراق له سكراً
أو منصفاً فهو ضامن وبيع هذه الأشياء جائز وهذا عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف ومحمد
لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فأما طبل الغزاة
والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالإتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما
والسكر اسم للنيء من ماء الرطب إذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ أدنى
طبخة وهو الباذق عن أبي حنيفة رح روايتان في التضمين والبيع لهما أن هذه الأشياء أعدت للمعصية
فبطل تقومها كالخمر ولأنه فعل ما فعل آمراً بالمعروف وهو بأمر الشرع فلا يضمنه كما إذا فعل بإذن
الإمام ولأبي حنيفة رح أنها أموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وإن صلحت
لما لا يحل فصار كالأمة المغنية وهذا لأن الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم
وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والأمر بالمعروف باليد إلى الأمراء لقدرتهم وباللسان
إلى غيرهم ويجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة

٣٠

الطيّارة والديك المقاتل والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هذا وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك

قال ومن غصب ام ولد او مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة ام الولد عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن قيمتهما لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع

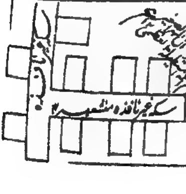
قال الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه السلام الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته ويروى الجار احق بشفعته وقال الشافعي رح لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما روينا ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تابيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصيل اولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه

اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك
احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك فى نفس المبيع والخليط فى حقوق المبيع والشفيع
هو الجار ولان الاتصال بالشركة فى المبيع اقوى لانه فى كل جزء وبعده الاتصال فى الحقوق لانه
شركة فى مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا

قال وليس للشريك فى الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط فى الرقبة لما ذكرنا انه مقدم

قال فان سلم فالشفعة للشريك فى الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد
بهذا الجار الملاصق وهو الذى على ظهر الدار المشفوعة وبابه فى سكة اخرى وعن ابى يوسف
ان مع وجود الشريك فى الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب
قد تقرر فى حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة
مع دين المرض والشريك فى المبيع قد يكون فى بعض منها كما فى منزل معين من الدار او جدار
معين منها وهو مقدم على الجار فى المنزل وكذا على الجار فى بقية الدار فى اصح الروايتين
عن ابى يوسف لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق او الشرب خاصا
حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون
نهرا لا تجرى فيه السفن وما تجرى فيه فهو عام وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وعن ابى يوسف
ان الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام فان كانت
سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهى مستطيلة فبيعت دار فى السفلى فلاهلها
الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت فى العليا فلاهل السكتين والمعنى ما ذكرنا فى كتاب ادب القاضى

ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال ولا يكون الرجل بالجذوع
على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة هى الشركة فى العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا



في الدار الا انه جار ملازق **قال** والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بينا **قال**

واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال

الشافعي هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك الا يرى انها لتكميل منفعته

فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون

في الاستحقاق الا يرى انه لو انفرد واحد منهم استحق كمال الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال

تؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلته

وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرا من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط بعضهم حقه

فهي للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت

ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب وان قضي لحاضر

بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية

فلو سلم الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا ياخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع

حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء **قال** الشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده لا انه

هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك

الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى ياخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري

يكذبه **قال** وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد

والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد

قال وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها الحاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا

بالتراضي او قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين

او باع داره المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة

قبل حكم الحاكم او تسليم الخصم لا يورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان انه لا تجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى والله سبحانه اعلم بالصواب

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب شفعته بطلت الشفعة لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ وهو رواية عن محمد وعنه ان له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي لانه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد الله تعالى على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى قال واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا كان او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت عند

لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم الى المشتري او على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف انه يشترط تسمية المبيع وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا تسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب عند ابي حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف وقال محمد ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن ابي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد انه لو لم يسقط بتاخير الخصومة منه ابدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان ووجه قول ابي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلدة

فلا تبطل شفعته بالتاخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا

قال واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سال القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه باقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لاثبات الاستحقاق قال رض يسئل القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا وقد بيناه في الكتاب المترجم بالتجنيس والمزيد

قال فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم فان نكل او قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع اقم البينة لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة **قال** فان عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله وانما يحلفه على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات

قال وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لان الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء

ولهذا لا يشترط التسليم فكذا لا يشترط احضاره واذا قضى له بالدار فللمشتري ان يحبسها حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو اخر اداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضي قال وان احضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لانه صار اجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهي ان البيع في حق المشتري اذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه ويصير كانه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى قال ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذا اذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع ان يأخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا

اذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال واذا قضى للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله
خيار الروية وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ
بالشفعة بمنزلة الشراء الا يرى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء
ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه

فصل في الاختلاف قال وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع
يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان
لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين
الترك والاخذ ولا نص ههنا فلا يتحالفان ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع والوكيل
والمشتري من العدو ولهما انه لا تنافي بينهما فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع ان ياخذ
بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ
الاول وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل
كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد واما المشتري من العدو فقلنا ذكر
في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم فلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني
هنالك الا بفسخ الاول اما ههنا فبخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري
غير ملزمة والبينات للالزام قال واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع اقل منه ولم يقبض الثمن
اخذها الشفيع بما قاله البائع وكان ذلك حطا عن المشتري وهذا لان الامر ان كان على ما قال البائع
فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على
ما نبين ان شاء الله تعالى ولان التملك على البائع بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن

ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله قال ولو ادعى البائع الاكثر يتحالفان ويترادان و
ايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي
البيع على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع

قال وان كان قبض الثمن اخذ بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع لانه لما استوفى
الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع
وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت الثمن
يأخذها الشفيع بالف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد
ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف
لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله

في مقدار الثمن **فصل** فيما يؤخذ به المشفوع **قال** واذا حط البائع عن المشتري بعض
الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لان حط البعض
يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعد ما اخذها الشفيع
بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد
بحال وقد بيناه في البيوع وان زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفيع لان في اعتبار الزيادة
ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة
اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان يأخذها بالثمن الاول لما بينا

كذا هنا **قال** ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته لانه من ذوات القيم وان
اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله لانهما من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت
للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعددي المتقارب

من ذوات الامثال وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر لانه بدله
وهو من ذوات القيم فياخذه بقيمته **قال** واذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء
اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها وليس له ان ياخذها في الحال بثمن
مؤجل وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة والاخذ
بالشفعة به فياخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع
والبائع او المبتاع وليس الرضاء به في حق المشتري رضاء به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة
وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما اذا اشترى
شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن
عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان
لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا
وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله في الكتاب وان شاء صبر
حتى ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند
ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لقول ابي يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى
عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع **قال**
واذا اشترى ذمي بخمر او خنزير دارا وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي
بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فياخذ في
الاول بالمثل وفي الثاني بالقيمة **قال** وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر
وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما وذميا اخذ المسلم
نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة

الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتاكد حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر من
رطب فجاء الشفيع بعد انقطاعه ياخذها بقيمة الرطب كذا هذا فصل واذا بنى المشتري فيها او غرس ثم

قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف

المشتري قلعه وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يكلف القلع ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس
وبين ان يترك وبه قال الشافعي رحمه الله الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف انه محق
في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار كالموهوب له
والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع
اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متاكد للغير من
غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري
لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند
ابي حنيفة رحمه الله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا
لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان
له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بينا
في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق
ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن
ابي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور
ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري

لانه مجبور عليه قال واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد

فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير

ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصوداً ولهذا يبيعهما مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة
بخلاف ما إذا غرق نصف الأرض حيث يأخذ الباقي بحصته لأن الفائت بعض الأصل قال
وإن شاء ترك لأن له أن يمتنع عن تملك الدار بماله قال وإن نقض المشتري البناء قيل للشفيع
إن شئت فخذ العرصة بحصتها وإن شئت فدع لأنه صار مقصوداً بالإتلاف فيقابله شيء من
الثمن بخلاف الأول لأن الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع أن يأخذ النقض لأنه صار مفصولاً فلم
يبق تبعاً قال ومن ابتاع أرضاً وعلى نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها ومعناه إذا ذكر الثمر
في البيع لأنه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لأنه ليس
بتبع ألا يرى أنه لا يدخل في البيع من غير ذكر فأشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان
أنه باعتبار الاتصال صار تبعاً للعقار كالبناء في الدار وما كان مركباً فيه فيأخذه الشفيع
قال وكذلك إن ابتاعها وليس في النخيل ثمر فأثمر في يد المشتري يعني يأخذه الشفيع لأنه مبيع تبعاً
لأن البيع سرى إليه على ما عرف في ولد المبيعة قال فإن جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين
جميعاً لأنه لم يبق تبعاً للعقار وقت الأخذ حيث صار مفصولاً عنه فلا يأخذه قال في الكتاب
فإن جذه المشتري سقط عن الشفيع حصته قال رضي الله عنه هذا جواب الفصل الأول لأنه دخل
في البيع مقصوداً فيقابله شيء من الثمن أما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لأن الثمر
لم يكن موجوداً عند العقد فلا يكون مبيعاً إلا تبعاً فلا يقابله شيء من الثمن والله أعلم

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

قال الشفعة واجبة في العقار وإن كان مما لا يقسم وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم لأن الشفعة
إنما وجبت دفعاً لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء
عقار أو ربع إلى غير ذلك من العمومات ولأن الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع

ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر
والطريق قال ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط
وهو حجة على مالك رحمه الله في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار
على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر
ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له
فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا
لم يكن طريق العلو فيه لانه بما له من حق القرار التحق بالعقار قال والمسلم والذمي في الشفعة
سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى
والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا قال واذا ملك العقار بعوض هو
مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او
قيمة على ما مر قال ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة بها او يستاجر بها دارا او
غيرها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه
الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه
الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها رأسا
وقوله يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع
البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم
مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة
المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها
على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تجب في حصة الالف

لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه

قال او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال رضي الله عنه هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه

قال ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الا ان تكون بعوض مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع

قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البائع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتنى عليه على ما مر واذا اخذها في الثلاث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في البيوع فلا نعيده واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع

بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار
الاولى له ان يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه فى الاولى حين بيعت الثانية قال ومن ابتاع دارا
شراءً فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ
وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفى اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا
كان الخيار للمشترى فى البيع الصحيح لانه صار اخص به تصرفا وفى البيع الفاسد ممنوع عنه قال
فان سقط حق الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهى فى يد البائع بعد فله
الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشترى فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم
بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه فى الدار التى يشفع بها
بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشترى
قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التى يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم
بقيت الثانية على ملكه لما بينا قال واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها
معنى الافراز ولهذا يجرى فيه الجبر والشفعة ما شرعت الا فى المبادلة المطلقة قال واذا اشترى
دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشترى بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع
لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة فى انشاء العقد ولا فرق فى هذا بين القبض وعدمه
وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ فى حقهما لولايتهما على انفسهما
وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد فى حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى والشفيع
ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لانه قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفى الجامع
الصغير لا شفعة فى قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار
الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة فى كتاب القسمة

انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في الرضاء فيما يتعلق لزومه بالرضاء وهذا المعنى موجود في القسمة والله سبحانه اعلم

باب ما تبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم قال وان صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بالف او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي اخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه قال واذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي تورث عنه قال رضي الله عنه معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولان بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه وان مات المشتري لم تبطل لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي او الوصي او اوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع ان يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه

في حيوته قال واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوع كما اذا سلّم صريحا او ابرء عن الدين وهو لا يعلم به وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقي الاتصال قال ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له لا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة لان الاول لو اخذ المشفوع يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراءه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذلك اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشتري وله الخيار من جانب المشتري قال واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلّم ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما سلّم لاستكثار الثمن في الاول ولتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة له وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية قال واذا قيل له ان المشتري فلان فسلّم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري هو مع غيره فله ان ياخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلّم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه

فصل

قال واذا باع دارا الا مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه

قال وإذا ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الأول دون الثاني لأن
الشفيع جار فيهما لكن المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فإن أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن
إلا درهما مثلا والباقي بالباقي وإن ابتاعها بثمن ثم دفع إليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون
الثوب لأنه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه هذه حيلة أخرى تعم الجوار
والشركة فيباع بأضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته إلا أنه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن
على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والأوجه أن يباع بالدراهم الثمن دينار حتى إذا استحق المشفوع
يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف وتكره عند
محمد لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر ولو أبحنا الحيلة ما دفعناه ولأبي يوسف أنه منع عن إثبات الحق فلا يعد
ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في إسقاط الزكوة

مسائل متفرقة

قال وإذا اشترى خمسة نفر
دارا من رجل فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم وإن اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها
أو تركها والفرق أن في الوجه الثاني بأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر
وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما إذا كان قبل القبض
أو بعده هو الصحيح إلا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا
يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لأنه سقطت يد البائع
وسواء سمى لكل بعض ثمنا أو كان الثمن جملة لأن العبرة في هذا لتفرق الصفقة لا للثمن وههنا تفريعات ذكرناها
في كفاية المنتهى قال ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذي
صار للمشتري أو يدع لأن القسمة من تمام القبض لما فيها من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة
في الهبة والشفيع لا ينقض القبض ليعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو
من تمامه بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع

حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي
هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب
في الكتاب يدل على ان الشفيع ياخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف
لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة انه انما ياخذه اذا وقع في جانب الدار
التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر **قال** ومن باع دارا وله عبد ماذون عليه دين فله
الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء
وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له
قال وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر رحمهم الله
هو على شفعته اذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا الشفعة
وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر انه حق ثابت
للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به ولهما انه في
معنى التجارة فيملكان تركه الا ترى ان من اوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي ولانه دائر بين النفع
والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما
لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل
جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي
وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة انه لا يصح التسليم منهما ايضا ولا رواية عن ابي يوسف والله اعلم

كتاب القسمة

القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام باشرها في المغانم والمواريث وجرى
التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه

كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة والإفراز
والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال
غيبة صاحبه ولو اشترياه فاقتسماه يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة
هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر
ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة إلا أنها إذا كانت من جنس واحد
أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري
فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لأن أحدهم بطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه
ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته وإن كانت أجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها
لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لأن الحق لهم قال وينبغي للقاضي
أن ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر لأن القسمة من جنس عمل القضاء من
حيث إنه يتم به قطع المنازعة فأشبه رزق القاضي ولأن منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون
كفايته في مالهم غرما بالغنم قال فإن لم يفعل نصب قاسما يقسم بالأجر معناه بأجر على المتقاسمين لأن النفع لهم
على الخصوص ويقدر أجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والأفضل أن يرزقه من بيت المال لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة
ويجب أن يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة لأنه من جنس عمل القضاء ولأنه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد
على قوله وهو بالأمانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على أن يستأجروه لأنه لا جبر على العقود
ولأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز إلا إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى
أمر القاضي لأنه لا ولاية لهم عليه قال ولا يترك القسام يشتركون كيلا تصير الأجرة غالية
بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة الفوت فيرخص الأجر قال وأجرة القسمة
على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد على قدر الأنصباء لأنه مؤنة الملك فيتقدر

يقدر بقدر كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولأبي حنيفة أن
الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الأمر
فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت
والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل و
الوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة
الممتنع قال واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان
لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه
يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ما سوى العقار
وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم لهما ان اليد
دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار
المشترى وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة انه قسمها
باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه
قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة
واذا كان قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب
خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه يقبل البينة عليه مع
اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه ولان المنقول مضمون على
من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده بخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم تقسم
فلم تكن القسمة قضاء على الغير قال وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم لانه ليس في القسمة
قضاء على الغير لانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال رضي الله عنه هذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير

أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة أنها في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما
لاحتمال أن تكون لغيرهما ثم قيل هو قول أبي حنيفة خاصة وقيل هو قول الكل وهو الأصح لأن قسمة الحفظ في
العقار غير محتاج إليه وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه ولا ملك فيمتنع الجواز قال وإذا حضر وارثان
وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي
بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب
وصيا يقبض نصيبه لأن فيه نظرا للغائب والصغير ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة عند أبي حنيفة
أيضا خلافا لهما كما ذكرناه من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم والفرق أن ملك
الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث أو باع ويصير مغرورا
بشراء المورث فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء
بحضرة المتخاصمين أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه
فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم وكذا
إذا كان في يد مودعه وكذا إذا كان في يد الصغير لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم
حاضر عنهما وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في
هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب قال وإن حضر وارث واحد لم يقسم
وإن أقام البينة لأنه لا بد من حضور خصمين لأن الواحد لا يصلح مخاصِمًا ومخاصَمًا وكذا مقاسِمًا ومقاسَمًا
بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ولو كان الحاضر صغيرا وكبيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم إذا
أقيمت البينة وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها فطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث
والوصية يقسمه لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كأنه
حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قال وإذا كان كل واحد من

الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم
على ما بيناه من قبل وان كان ينتفع احدهم ويستضر به الآخر لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير
قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول منتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت
في طلبه فلم يعتبر وذكر الجصاص على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر يرضى
بضرر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما
ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا
بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق
لهما وهما اعرف بشانهما اما القاضي فيعتمد الظاهر قال ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد
لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين
بعضهما في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها
التراضي دون جبر القاضي ويقسم كل موزون ومكيل كثير او قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب
والفضة وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها او البقر او الغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا
وحمارا ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية
لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع ولا ثوبين
اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب و
ثلاثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز وقال ابو حنيفة لا يقسم الرقيق و
الجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في
الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس
الا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوان جنس واحد بخلاف المغانم لان حق الغانمين

في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق بالعين المالية جميعا فافترقا

فاما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة

التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة

الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا تصح التسمية ويصح ذلك على عبد

فاولى ان لا يجبر على القسمة قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا ان يتراضى الشركاء وكذا الحائط بين الدارين

لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف

التراضي لما بينا قال واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة

رحمه الله وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الاقرحة

المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة نظرا الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى

اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويتفاوت

ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن

التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم

فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة

واحدة قال رضي الله عنه تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا تجتمعان في القسمة

عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد انه تقسم احداهما في الاخرى والبيوت في محلة او محال

تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينها يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين

البيت والدار على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل واحد قال وان كانت دار وضيعة او دار وحانوت قسم كل واحد

منهما على حدة لاختلاف الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل

ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسألة روايتان او تبنى حرمة

الربوا هنالك على شبهة المجانسة

فصل في كيفية القسمة

قال وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الآخرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا ليمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله ان شاء الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام قال ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضيهم لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم له واذا كان ارض وبناء فعن ابي يوسف انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة انه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسميته الصداق ضرورة التزويج وعن محمد انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة واذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بان كانت العرصة لا تفي بقيمة البناء فحينئذ يرد للفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل قال فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر او طريق لم يشترط

في القسمة فإن أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يستطرق ويسيل في نصيب الآخر لأنه أمكن
تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وإن لم يمكن فسخت القسمة لأن القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف
بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لأن المقصود منه تملك العين وأنه يجامع تعذر الانتفاع في الحال
أما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك إلا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول كذلك الجواب لأن معنى القسمة
الإفراز والتمييز وتمام ذلك بأن لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل
إلى غيره من غير ضرر فيصار إليه بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل
لأنه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل
فيها لأن القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها
معنى الإفراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الإجارة
حيث يدخل فيها بدون التنصيص لأن كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل إلا بإدخال الشرب والطريق فيدخل
من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة إن كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم
من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الإفراز بالكلية دونه وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق
تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله لأن الحاجة تندفع
به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لأن القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا أن يكون الطريق
بينهما أثلاثا جاز وإن كان أصل الدار نصفين لأن القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي قال وإذا
كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر
بغير ذلك قال رضي الله عنه هذا عند محمد وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله أنه يقسم بالذرع
لمحمد أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء أو سردابا أو اصطبلا أو غير ذلك فلا يتحقق
التعديل إلا بالقيمة وهما يقولان إن القسمة بالذرع هي الأصل لأن الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار

اليه ما امكن والمرعى التسوية فى السكنى لا فى المرافق ثم اختلفا فيما بينهما فى كيفية القسمة بالذرع
فقال ابو حنيفة رح ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف رح ذراع بذراع قيل اجاب كل
منهم على عادة اهل عصره او اهل بلده فى تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل
مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول ابى حنيفة رح ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو
بضعفه لانه يبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة
البناء والسكنى وفى العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضاء صاحب السفل فيعتبر
ذراعان منه بذراع من السفل ولابى يوسف ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان
متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر
والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد وقوله لا يفتقر
الى التفسير وتفسير قول ابى حنيفة رح فى مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو
المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل فثلاثة وثلا
وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو ومعه ثلاثة وثلثون وثلث ذراع من العلو فبلغت
مائة ذراع تساوى مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة
وستون وثلثا ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا وتفسير قول ابى يوسف رح ان يجعل
بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد او مائة ذراع من العلو المجرد لان السفل
والعلو عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون

منها علو قال واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما قال رضى الله عنه
هذا الذى ذكره قول ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد لا تقبل وهو قول ابى يوسف اولا وبه قال الشافعى
وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضى وغيرهما سواء لمحمد انهما شهدا على فعل انفسهما فلا تقبل

كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على فعل غيرهما
وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة
عليه او لانه لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء و
هو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي اذا اقتسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع
واليه مال بعض المشائخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى
فلا تقبل الا انا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على ايفائهما
العمل المستأجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم
واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو امر القاضي امينه بدفع المال الى آخر
يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا والله اعلم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال واذا ادعى احدهم الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء
لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة فان لم تقم له بينة
استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر انصبائهما
لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضي الله عنه ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا
لتناقضه واليه اشار من بعد وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه
يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء
وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف
في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن
ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش

لأن تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتا في يد الآخر
أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه إقامة البينة لما قلنا وإن أقاما البينة يؤخذ
ببينة المدعي لأنه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد وإن كان قبل الإشهاد على القبض
تحالفا وترادا وكذا إذا اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه
لما بينا وإن قامت لأحدهما بينة قضي له وإن لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع

فصل

وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه
وقال أبو يوسف تفسخ القسمة قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا
ذكر في الأسرار والصحيح أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما فأما في استحقاق
بعض معين لا تفسخ القسمة بالإجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة
أوجه ولم يذكر قول محمد وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف وأبو حفص مع أبي حنيفة وهو الأصح
لأبي يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدونه باطلة
كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لأن باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الإفراز
لأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما أن معنى الإفراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في
نصيب أحدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بأن كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين
ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على أن لأحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز
فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لأنه لو بقيت القسمة لتضرر
الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين أما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسألة إذا أخذ
أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم
فعنده إن شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لأنه

لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع
اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي يرجع بربع ما باع الآخر عنده
لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة
نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فينفذ البيع
فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة
دين محيط ردت القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء
بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء
حقهم ولو ابرأه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة
لان المانع قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين
يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام
على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا

فصل في المهاياة

المهاياة جائزة استحسانا
للحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري
في القسمة الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ
جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في
التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ و
لا يبطل التهايؤ بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستانفه الحاكم ولا فائدة في النقض ثم
الاستئناف ولو تهايئا في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها
جاز لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط
فيه التأقيت ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولو

تهايئا

في عبد واحد على أن يخدم هذا يوماً وهذا يوماً جاز وكذا هذا في البيت الصغير لأن المهاياة قد تكون
في الزمان وقد تكون من حيث المكان والأول متعين ههنا ولو اختلفا في التهايؤ من حيث
الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي بأن يتفقا لأن التهايؤ في المكان أعدل وفي الزمان
أكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فإن اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية

نفياً للتهمة ولو تهايآ في العبدين على أن يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما لأن
القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبراً من القاضي وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند أبي حنيفة
لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لأنه لا يجري فيه الجبر عنده والأصح أنه يقسم القاضي عنده أيضاً لأن المنافع
من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لأنها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً على ما تقدم

ولو تهايآ فيهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحساناً للمسامحة في إطعام

المماليك بخلاف شرط الكسوة لأنه لا يسامح فيها ولو تهايآ في دارين على أن يسكن كل واحد منهما داراً جاز

ويجبر القاضي عليه أما عندهما فظاهر لأن الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتباراً
بالقسمة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز التهايؤ فيهما أصلاً بالجبر لما قلنا وبالتراضي لأنه بيع السكنى
بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لأن بيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز وجه الظاهر أن التفاوت يقل في
المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر إفرازاً أما يكثر التفاوت في أعيانهما فاعتبر مبادلة

وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز اعتباراً بقسمة الأعيان
وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فإنهم بين حاذق وأخرق والتهايؤ في الركوب في
دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لأنه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته
والدابة تحملها وأما التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد
الواحد والدابة الواحدة لا يجوز ووجه الفرق أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال

ثابت في الحال والظاهر بقاءه في العقار وتغيره في الحيوانات لتوالي اسباب التغير عليها فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز ايضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان استيفائهما وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسان ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايآ على ان يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب البانها لا يجوز لان المهاياة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز والله اعلم بالصواب

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة وقالا جائزة لما روي ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة

والجامع دفع الحاجة فإن ذا المال قد لا يهتدي إلى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست

الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد

لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها فلم تتحقق شركة وله ما روي أنه عليه السلام نهى عن المخابرة

وهي المزارعة ولأنه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولأن الأجر مجهول

أو معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق

المن والصلح وهو جائز وإذا فسدت عنده فإن سقى الأرض وكربها ولم يخرج شيء فله أجر مثله لأنه

في معنى إجارة فاسدة وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض وإن كان البذر من قبله فعليه أجر مثل

الأرض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لأنه نماء ملكه وللآخر الأجر كما فصلنا إلا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس إليها

ولظهور تعامل الأمة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها

شروط أحدها كون الأرض صالحة للزراعة لأن المقصود لا يحصل دونه والثاني أن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد

وهو لا يختص به لأن عقدا ما لا يصح إلا من الأهل والثالث بيان المدة لأنه عقد على منافع الأرض أو منافع العامل

والمدة هي المعيار لها ليعلم بها والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة وإعلاما للمعقود عليه وهو منافع

الأرض أو منافع العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لأنه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد

أن يكون معلوما وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد والسادس أن يخلي رب الأرض بينها وبين العامل

حتى لو شرط عمل رب الأرض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لأنه ينعقد

شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد والثامن بيان جنس البذر ليصير الأجر معلوما

قال وهي عندهما على أربعة أوجه إن كانت الأرض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة لأن

البقر آلة العمل فصار كما إذا استأجر خياطا ليخيط بإبرة الخياط وإن كان الأرض لواحد والعمل والبقر

والبذر لواحد جازت لأنه استئجار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجرها بدراهم معلو

وان كانت الارض والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جازت لانه استاجره للعمل بآلة المستاجر

فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره وان كانت الارض والبقر

لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يجوز ايضا

لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر

ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر

صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر ان تجعل تابعة لها بخلاف

جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما

احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر وانه لا يجوز لانه تتم شركة بين البذر والعمل

ولم يرد به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع

والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب

الارض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له باتصاله بارضه قال ولا تصح المزارعة الا على مدة

معلومة لما بينا وان يكون الخارج شائعا بينهما تحقيقا لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا

مسماة فهي باطلة لان به تنقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر وصار كاشتراط

دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين

لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين او في جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر وصار كما اذا شرطا

رفع الخراج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او

للآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي

بينهما والارض عشرية قال وكذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما لانه اذا

شرط لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع

وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة وللآخر ما يخرج من ناحية اخرى وكذا اذا
شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن وكذا
اذا شرط التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب
ولو شرط الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون
لصاحب البذر لانه نماء ملكه وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه
وقال مشائخ بلخ رحمهم الله التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان
ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل ولو شرط الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت
لانه حكم العقد وان شرط التبن للآخر فسدت لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج
الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط قال واذا صحت المزارعة فالخارج على
الشرط لصحة الالتزام وان لم تخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة
ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت
لان اجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج قال واذا فسدت فالخارج لصاحب
البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الآخر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر
قال ولو كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له لانه رضي
بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد له اجر مثله
بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر
في الاجارات وان كان من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض
بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط
له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت

المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان له مدخلا فى الاجارة وهى اجارة معنى

واذا استحق ذو الارض الخارج لبذره فى المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان النماء حصل

فى ارض مملوكة له وان استحقه العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق بالفضل

لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك فى منافع الارض اوجب خبثا فيه

فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به قال واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من

العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضى فى العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استاجر اجيرا ليهدم داره

وان امتنع الذى ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة

الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة قال ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله و

قد كرب المزارع الارض فلا شئ له فى عمل الكراب قيل هذا فى الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء

العامل لانه غره فى ذلك قال واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه فى

الاجارات فلو كان دفعها ثلاث سنين فلما نبت الزرع فى السنة الاولى ولم يستحصد مات رب الارض ترك

الارض فى يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقى من السنتين لان فى ابقاء العقد

فى السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحفظ

فيهما على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة

لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شئ للعامل بمقابلة ما عمل كما نبينه ان شاء الله تعالى واذا فسخت

المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها فباعها جاز كما فى الاجارة وليس للعامل ان يطالبه

بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج

لم يجب شئ ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض فى الدين حتى يستحصد الزرع لان فى البيع ابطال

حق المزارع والتاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضى من الحبس ان كان حبسه بالدين لانه لما امتنع

بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم قال فاذا انقضت مدة المزارعة والزرع

لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما

على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار

اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا

بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد

في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل اما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد

فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه

لا ولاية له عليه ولو اراد رب الارض ان يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لان فيه اضرارا بالمزارع ولو

اراد المزارع ان يأخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه

او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه

لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين

هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل

الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا

ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلاث

لما بينا قال وكذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه

في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل

هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما

ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط

الحمل والطحن على العامل وعن ابي يوسف انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع

وهو اختيار مشائخ بلخ قال شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو ارادا قصل القصيل وجد التمر بسرا او التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على القصل والجداد بسرا فصار كما بعد الادراك والله اعلم

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة رحمه الله المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة هي المعاملة في الاشجار والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة في الربح دون البذر بان شرط دفعه من راس الخارج يفسد فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانها اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة

لانه يتفاوت بقوة الارض وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول
رطبة على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية
معلومة لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعا لما بينا
في المزارعة اذ شرط جزء معين يقطع الشركة وان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيها
فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر
عنها جازت لانا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد
وان تأخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما اذا علم
ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فبقي العقد صحيحا
ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه قال وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب واصول
الباذنجان وقال الشافعي رح في الجديد لا تجوز الا في الكرم والنخل لان جوازها بالاثر وقد خصهما
وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للحاجة وقد عمت واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها كانوا يعملون في الاشجار
والرطاب ايضا ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص ان تكون معلولة سيما على اصله وليس لصاحب
الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترك العمل
عذر بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر على ما قدمناه قال فان دفع نخلا فيه ثمر مساقاة
والثمر يزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو استحصد
وادرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي والادراك فلو جوزناه لكان استحقاقا
بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل قال واذا فسدت المساقاة
فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة وصار كالمزارعة اذا فسدت قال وتبطل المساقاة
بالموت لانها في معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم

عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا

فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين

ان يقتسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى

يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره

في المزارعة ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر من

الجانبين فان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاث التي بيناها وان ماتا جميعا

فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى

وقت الادراك لا ان يكون وارثه في الخيار فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة

رب الارض على ما وصفنا قال واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا والاول سواء

وللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة في هذا

لان الارض يجوز استئجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا عليهما لانه لما وجب اجر

مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا اجر فجاز ان يستحق العمل كما يستحق

قبل انتهائها قال وتفسخ بالاعذار لما بيناه في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها ان يكون

العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضررا لم يلتزمه فتفسخ به

ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استئجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل

ذلك عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتاويل احداهما ان يشترط العمل بيده

فيكون عذرا من جهته قال ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان تكون

الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا

قبل الشركة لا بعمله وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله

فيما عمل لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثله لانه لم يرض في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى هذا اصحهما والله اعلم

كتاب الذبائح

الذكاة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولان بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره فانها تنبئ عنها ومنه قوله عليه السلام ذكاة الارض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهي الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان الاول اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع

ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امرأة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية فالذبيحة لا تحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر قال ولا تؤكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال والمرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله قال والوثني لانه لا يعتقد الملة قال والمحرم يعني من الصيد وكذا لا يؤكل ما ذبح في الحرم من الصيد والاطلاق في المحرم

فينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكوة فعل مشروع
وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكوة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد صح
لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم قال وان ترك الذابح التسمية
عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي اكل في الوجهين وقال مالك
لا تؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند
ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن
كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا
فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم انه يحل
بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ رحمهم الله ان متروك التسمية عامدا
لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام
المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان
كالطهارة في باب الصلاة ولو كانت شرطا فالملة اقيمت مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى
ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه الآية نهي وهو للتحريم والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي
ابن حاتم الطائي رضي الله عنه فانه عليه السلام قال في آخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على
كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول
في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو
اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور
لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكوة الاختيار تشترط
عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهو على الآلة لان المقدور له

في الأول الذبح وفي الثاني الرمي والإرسال دون الإصابة فيشترط عند فعل يقدر عليه حتى إذا أضجع
شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى إلى صيد وسمى وأصاب غيره حل وكذا في
الإرسال ولو أضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بالأخرى أكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا
لا يؤكل قال ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان
وهذه ثلاث مسائل أحدها أن يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما
قال ونظيره أن يقول بسم الله محمد رسول الله لأن الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له إلا أنه
يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية أن يذكر موصولا على وجه العطف والشركة
بأن يقول بسم الله واسم فلان أو يقول بسم الله وفلان أو بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال
فتحرم الذبيحة لأنه أهل به لغير الله والثالثة أن يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بأن يقول
قبل التسمية وقبل أن يضجع الذبيحة أو بعده وهذا لا بأس به لما روي عن النبي صلى الله عليه و
سلم أنه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي
بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى
لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لأنه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية
حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في أصح الروايتين لأنه يريد به الحمد لله على نعمته دون
التسمية وما تداولته الألسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس رضي الله
عنهما في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف **قال** والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير
لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله والأصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة و
اللحيين ولأنه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه إنهار الدم على أبلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء **قال**
والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة الحلقوم والمريء والودجان لقوله عليه السلام أفر الأوداج بما شئت وهي

اسم جمع واقله الثلاث فيتناول المرئ والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمرئ

الا انه لا يمكن قطع هذه الثلاث الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك

ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند

ابي حنيفة رح وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمرئ واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري رح الاختلاف

في مختصره والمشهور في كتب مشائخنا رحمهم الله ان هذا قول ابي يوسف وحده وقال في الجامع الصغير ان قطع نصف

الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا واختلفت

الرواية فيه والحاصل ان عند ابي حنيفة رح اذا قطع الثلث اي ثلاث كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف اولا ثم رجع

الى ما ذكرنا وعن محمد انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة رح لان كل فرد منها اصل بنفسه

لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل فرد منها ولابي يوسف رح ان المقصود من قطع

الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم يخالف المرئ

فانه مجرى العلف والماء والمرئ مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة رح ان الاكثر يقوم مقام

الكل في كثير من الاحكام واي ثلاث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار

الدم المسفوح والتوجيه في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس او الطعام ويخرج الدم

بقطع احد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه

لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة قال ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن اذا كان منزوعا

حتى لا يكون باكله باس الا انه يكره هذا الذبح وقال الشافعي رح المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما

انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون

ذكوة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج

بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة

فيحصل به ما هو المقصود وهو انهار الدم فصار كالحجر والمدية بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل
فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الآدمي ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد امرنا
فيه بالاحسان قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم
فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد رحمه الله في الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه نصا
وما لم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا بأس به وفي الحرمة يقول يكره او لم يؤكل قال ويستحب
ان يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا
ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي
عن النبي عليه السلام انه رأى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات
هلا حددتها قبل ان تضجعها قال ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الرأس كره له ذلك وتؤكل ذبيحته وفي بعض
النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي عن النبي عليه السلام انه
نهى ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرناه وقيل معناه ان يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر
عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان
بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل ان ما فيه زيادة ايلام لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره ان يجر ما يريد ذبحه
برجله الى المذبح وان تنخع الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا ألم فلا يكره النخع والسلخ الا ان
الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته قال وان ذبح الشاة من قفاها
فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع
الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها قال وما استأنس من الصيد فذكاته
الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار
على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار

لما بينا وقال مالك رح لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لأن ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز
وقد تحقق فيصار إلى البدل كيف وإنا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب أطلق فيما توحش من النعم وعن محمد
أن الشاة إذا ندت في الصحراء فذكاتها العقر وإن ندت في المصر لا تحل بالعقر لأنها لا تدفع عن نفسها فيمكن
أخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لأنهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر على أخذهما
وإن ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند إذا كان لا يقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة
حل أكله قال والمستحب في الإبل النحر فإن ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فإن نحرهما جاز
ويكره أما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح
والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافاً لما يقوله مالك رح إنه لا يحل قال
ومن نحر ناقة أو ذبح بقرة فوجد في بطنها جنيناً ميتاً لم يؤكل أشعر أو لم يشعر وهذا عند أبي حنيفة رح
وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا تم خلقته أكل وهو قول الشافعي رح
لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة أمه ولأنه جزء من الأم حقيقة لأنه يتصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى
بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكماً حتى يدخل في البيع الوارد على الأم ويعتق بإعتاقها وإذا كان جزءاً
منها فالجرح في الأم ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد وله أنه أصل في الحياة حتى يتصور حياته بعد موتها
وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بإيجاب الغرة ويعتق بإعتاق مضاف إليه وتصح الوصية له
وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكاة وهو التمييز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الأم إذ هو ليس بسبب لخروج
الدم عنه فلا يجعل تبعاً في حقه بخلاف الجرح في الصيد لأنه سبب لخروجه ناقصاً فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر
وإنما يدخل في البيع تحرياً للجواز كيلا يفسد باستثنائه ويعتق بإعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل

قال ولا يجوز أكل كل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور لأن النبي عليه السلام نهى عن أكل
كل ذي مخلب من الطيور وكل ذي ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف إليهما فيتناول سباع الطيور

٣٤٧

والبهائم لأكل ماله مخلب وناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم والله اعلم

كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون

الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من السباع الهوام

وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف قال ولا باس بغراب الزرع لانه ياكل الحب و

لا ياكل الجيف وليس من سباع الطير قال ولا يوكل الابقع الذي ياكل الجيف وكذا الغداف قال ابو حنيفة رح

لا باس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاجة وعن ابي يوسف انه يكره لان غالب اكله الجيف قال

ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب

فلان النبي عليه السلام نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته عن اكله وهو حجة على الشافعي في اباحته

والزنبور من المؤذيات والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء وانما تكره الحشرات

كلها استدلالا بالضب لانه منها قال ولا يجوز اكل الحمر الاهلية والبغال لما روى خالد بن الوليد رضي الله

عنه ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه ان النبي عليه

السلام اهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة رح

وهو قول مالك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا باس باكله لحديث جابر رضي الله عنه انه قال نهى

رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال

والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن

بادناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولان في اباحته تقليل

آلة الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد رضي الله عنهما والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه

والاول اصح واما لبنه فقد قيل لا باس به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد قال ولا باس باكل الارنب لان النبي عليه السلام

اكل منه حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه رضي الله عنهم بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا من اكلة

الجيفة فأشبه الطبي قال وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه إلا الآدمي والخنزير فإن الذكاة لا

تعمل فيهما أما الآدمي فلحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك

لأنه يؤثر في إباحة اللحم أصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بلا أصل وصار كذبح المجوسي ولنا

أن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم فإذا زالت طهر كما في

الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي إماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه

يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير الأكل قيل لا يجوز اعتبارا

بالأكل وقيل يجوز كالزيت إذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الأكل قال

ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك وقال مالك وجماعة من أهل العلم بإطلاق جميع ما في البحر واستثنى

بعضهم الخنزير والكلب والإنسان وعن الشافعي أنه أطلق ذلك كله والخلاف في الأكل والبيع واحد لهم

قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولأنه لا دم

في هذه الأشياء إذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم

الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان

والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمول على السمك

وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد

أما الدمان فالكبد والطحال قال ويكره أكل الطافي منه وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا بأس به لإطلاق

ما روينا ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام

أنه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل

مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا إلى البحر لا ما مات فيه من غير آفة قال ولا بأس بأكل الجريث

والمارماهي وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة وقال مالك لا يحل الجراد إلا أن يقطع الآخذ رأسه ويشويه

لانه صيد البر وهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كسائره والحجة
عليه ما روينا وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد ياخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال
كله كله وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة
لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات بآفة يحل كالماخوذ واذا
مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهى
وعند التامل يقف المبرز عليها منها اذا قطع بعضها فمات يحل اكل ما ابين وما بقي لان
موته بآفة وما ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان والله اعلم بالصواب

كتاب الاضحية

قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار
اما الوجوب فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهم الله وعنه
انها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفة واجبة
وعلى قول ابي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله
عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فلا ياخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي
الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكاة
وصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا
الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب
لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب تشق
على المسافر فلم تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روي
والله اعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب على ما قيل وانما اختص

الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتأدى الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة
وبالاقامة لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر
في الصوم والوقت وهو يوم الاضحى لانها تختص به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه
اصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر
وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله وروي عنه انه لا تجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف
صدقة الفطر لان السبب هناك رأس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والاصل في القرب
ان لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وان كان تجب عنه صدقة الفطر وان كان للصغير مال يضحي عنه
ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله
يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا تجوز التضحية من
مال الصغير في قولهم لان القربة تتأدى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير
ولا يمكنه ان يأكل كله والاصح ان يضحي من ماله ويأكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه

قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة والقياس ان لا تجوز الا عن واحد لان
الاراقة واحدة وهي القربة الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله
عليه السلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على اصل القياس وتجوز
عن خمسة او ستة او ثلاثة ذكره محمد في الاصل لانه لما جاز عن سبعة فعمن دونهم اولى ولا تجوز عن ثمانية اخذا
بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لا تجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في
البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك رحمه الله تجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا
تجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلام على كل اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة قلنا
المراد منه والله اعلم قيم اهل البيت لان اليسار له يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة

ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الاصح لانه لما جاز ثلاثة الاسباع جاز نصف
السبع تبعا له واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا جزافا لا
الا اذا كان معه شيء من الاكارع او الجلد اعتبارا بالبيع ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك
فيها ستة معه جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لانه اعدها للقربة فيمنع عن
بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر
بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن
لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف وعن
صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة رح انه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا قال وليس على الفقير
والمسافر اضحية لما بينا وابو بكر وعمر رض كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي رض ليس على المسافر جمعة
ولا اضحية قال ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى
يصلي الامام العيد فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح قبل الصلوة
فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان اول
نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون
اهل السواد ولان التاخير لاحتمال التشاغل به عن الصلوة فلا معنى للتاخير في حق القروي ولا صلوة
عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في نفيهما الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر
في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر ولو كان على العكس لا يجوز
الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر وهذا
لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب فيعتبر
في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال

بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزأه
لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزأتهم وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا و
استحسانا قال وهي جائزة في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي ثلثة ايام بعده
لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم قالوا ايام
النحر ثلثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الرأي لا يهتدى الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا
بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة وهو الاصل الا
لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلثة وايام
التشريق ثلثة والكل يمضي باربعة اولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق
والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع محض
فتفضل عليه ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها في الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف
والصلوة في حق الآفاقي ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا وقد اشترى
الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر لانها واجبة على
الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا فات الوقت وجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة
كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية قال ولا يضحى بالعمياء والعوراء و
العرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء لقوله عليه السلام لا تجزي في الضحايا اربعة العوراء
البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي قال ولا تجزي
مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن فلقوله عليه السلام استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب
فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن قال ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها وان بقي اكثر الاذن والذنب جاز لان للاكثر حكم
الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رح

في مقدار الأكثر ففي الجامع الصغير عنه وإن قطع من الذنب أو الأذن أو العين أو الألية الثلث أو أقل أجزأه وإن كان أكثر لم يجزه لأن الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضاء الورثة فاعتبر قليلاً وفيما زاد لا تنفذ إلا برضاهم فاعتبر كثيراً ويروى عنه الربع لأنه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلوة ويروى الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال أبو يوسف ومحمد إذا بقي الأكثر من النصف أجزأه اعتباراً للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار الفقيه أبي الليث وقال أبو يوسف أخبرت بقولي أبا حنيفة فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه إلى قول أبي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعاً روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن أبي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد أن لا تعتلف الشاة يوماً أو يومين ثم يقرب العلف إليها قليلاً قليلاً فإذا رأته من موضع أعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب إليها العلف قليلاً قليلاً حتى إذا رأته من مكان أعلم عليه ثم ينظر إلى تفاوت ما بينهما فإن كان ثلثاً فالذاهب الثلث وإن كان نصفاً فالنصف قال ويجوز أن يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لأن القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا والخصي لأن لحمها أطيب وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين موجوئين والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا إذا كانت تعتلف لأنه لا يخل بالمقصود أما إذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء إن كانت سمينة جاز لأن الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وإن كانت مهزولة لا تجوز لأن الجرب في اللحم فانتقص وأما الهتماء وهي التي لا أسنان لها فعن أبي يوسف أنه يعتبر في الأسنان الكثرة والقلة وعنه إن بقي ما يمكن الاعتلاف به أجزأه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا أذن لها خلقة لا تجوز لأن مقطوع أكثر الأذن إذا كان لا يجوز فعديم الأذن أولى وهذا الذي ذكرنا إذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع إن كان غنياً عليه غيرها وإن كان فقيراً تجزيه هذه لأن الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء

فلم تتعين به على الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما فى نصاب الزكوة وعن
هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت
فاشترى اخرى ثم ظهرت الاولى فى ايام النحر على الموسر ذبح احدهما وعلى الفقير ذبحهما ولو اضجعها فاضطربت
فانكسر رجلها فذبحها اجزاه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله لان حالة الذبح
ومقدماته ملحقة بالذبح فكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت فى هذه الحالة فانفلتت ثم
اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابى يوسف لانه حصل بمقدمات الذبح قال والاضحية من
الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبى عليه السلام ولا من الصحابة رضى الله
عنهم قال ويجزئ من ذلك كله الثنى فصاعدا الا الضأن فان الجذع منه يجزئ لقوله عليه السلام ضحوا
بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضأن وقال عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من
الضأن قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد والجذع
من الضأن ما تمت له ستة اشهر فى مذهب الفقهاء وذكر الزعفرانى انه ابن سبعة اشهر والثنى
منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل فى البقر الجاموس
لانه من جنسه والمولود بين الاهلى والوحشى يتبع الام لانها هى الاصل فى التبعية حتى اذا نزا الذئب
على الشاة يضحى بالولد قال واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر وقالت الورثة
اذبحوها عنه وعنكم اجزاهم وان كان شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم
ووجهه ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية
والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط فى الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت
قربة الا ترى ان النبى عليه السلام ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد فى الوجه الثانى لان
النصرانى ليس من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزى فى حق

القربة لم يقع الكل ايضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكرناه استحسان والقياس ان لا يجوز وهو
رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة
قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت ولو ذبحوها عن صغير

في الورثة او ام ولد جاز لما بينا انه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم
لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال وياكل من لحم الاضحية
ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا
ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يؤكله غنيا ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات
ثلاث الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا
قال ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب والغربال
ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا باس بان يشتري به ما ينتفع به في البيت بعينه مع بقائه استحسانا
وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل
والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة
الجلد في الصحيح فلو باع الجلد او اللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه تصدق
بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له
يفيد كراهة البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ولا يعطي اجر الجزار من الاضحية
لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا
والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان يجز صوف اضحيته وينتفع به قبل ان
يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي
ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان كان

لا يحسنه فالافضل ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام
لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب قال
ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل هو قربة وهو ليس من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل
الذكوة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكوة فكان افسادا
قال واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الآخر اجزء عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان
واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية
في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره
بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها
للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا
بكل من يكون اهلا للذبح آذنا له دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها لعوارض
فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد
الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه
ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن حنطته او رفع
جرته فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر
على الكانون والحطب تحته او جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه او رفع الجرة واما لها نحو نفسه او حمل على دابته
فسقط في الطريق فاوقد هو النار فيه فطبخه او ساق الدابة فطحنها او اعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما
او حمل على دابته ما سقط فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا نقول في
مسئلة الكتاب ذبح كل منهما اضحية غيره بغير اذنه صريحا فهي خلافية زفر بعينها ويتأتى فيها القياس و
الاستحسان كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فان كانا

فلا اثم عليهما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان
كان غنياً فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة
لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية
لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ومن غصب شاة
فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة
فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح والله اعلم

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رحمه الله نصاً ان كل مكروه حرام الا انه
لما لم يجد فيه نصاً قاطعاً لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه
الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها **فصل في الاكل والشرب** قال ابو حنيفة رحمه الله يكره لحوم
الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا باس بابوال الابل وتاويل قول ابي يوسف رحمه الله
انه لا باس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها واللبن
متولد من اللحم فاخذ حكمه **قال** ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب
والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام في الذي يشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في
بطنه نار جهنم واتي ابو هريرة رضي الله عنه بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم
واذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي
المشركين وتنعم بتنعم المترفين والمسرفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم
ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب
والفضة وكذلك ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا **قال** ولا باس باستعمال

٣٥٧

آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي رح يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة قال

ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة رح والركوب في السرج المفضض والجلوس على السرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف رح يكره ذلك وقول محمد يروى مع ابي حنيفة ويروى مع ابي يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا باس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة رح ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص قال

ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع

الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان ياخذها لانه لا فرق
بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا قال ويقبل في المعاملات
قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها
فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها
عدلا كان او فاسقا كافرا كان او مسلما عبدا كان او حرا ذكرا كان او انثى دفعا للحرج اما الديانات
لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل فيها الا
قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم
بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد
قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه
يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر
فيهما اكبر الرأي قال ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق
راجح والمقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى
اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رأيه
انه نجس يتيمم ولا يتوضأ به وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب
فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري فمجرد ظن ولو كان اكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به
ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء
لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها
في كفاية المنتهي قال ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد ثمه لعبا او غناء فلا باس بان يقعد
ويأكل قال ابو حنيفة رحمه الله ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام

من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة من غيره
كصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر
يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى فان كان ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين
الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة رح في الكتاب كان قبل ان يصير
مقتدى ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد
الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه
حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام
حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة رح ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون

فصل في اللبس قال ولا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عليه السلام نهى
عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وانما حل للنساء بحديث
آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان محرمان على ذكور
امتي حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلاثة اصابع
او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير لما روي انه عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع
اصبعين او ثلاثا او اربع اراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال
ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة رح وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده
ولم يذكر قول ابي يوسف وانما ذكره القدوري وغيره من المشائخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه
على الابواب لهما العمومات ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام
وقال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم وله ما روي انه عليه السلام جلس على مرفقة حرير

وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة حرير ولأن القليل من الملبوس مباح كالأعلام
فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ما عرف قال ولا بأس بلبس الحرير والديباج
في الحرب عندهما لما روى الشعبي أن النبي عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولأن فيه
ضرورة فإن الخالص منه أدفع لمعرة السلاح وأهيب في عين العدو لبريقه ويكره عند أبي حنيفة رحمه الله
لأنه لا فصل فيما روينا والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور
لا يستباح إلا لضرورة وما رواه محمول على المخلوط قال ولا بأس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير
حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لأن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير
ولأن الثوب إنما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال أبو يوسف
أكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا أرى بحشو القز بأسا لأن الثوب ملبوس والحشو غير
ملبوس قال وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا بأس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها
والاعتبار للحمة على ما بينا قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لأنها في معناه
إلا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة أغنت عن الذهب
إذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في إباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم إلا بالفضة وهذا نص
على أن التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على رجل خاتم صفر
فقال ما لي أجد منك رائحة الأصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال ما لي أرى عليك حلية أهل النار
ومن الناس من أطلق في الحجر الذي يقال له يشب لأنه ليس بحجر إذ ليس له ثقل الحجر وإطلاق
الجواب في الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا وعن علي رضي الله
عنه أن النبي عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولأن الأصل فيه التحريم والإباحة ضرورة الختم
أو النموذج وقد اندفعت بالأدنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لأن قوام الخاتم بها ولا معتبر

بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن وانما يتختم القاضي والسلطان لحاجته الى الختم فاما غيرهما فالافضل ان يترك لعدم الحاجة اليه قال ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له قال ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا بأس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما لهما ان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره النبي عليه السلام بان يتخذ انفا من ذهب ولابي حنيفة ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الانف دونه حيث انتن قال ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربه حرم سقيه قال وتكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها الوضوء او يمتخط بها وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر وتجبر وصار كالتربع في الجلوس ولا بأس بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم شعر لا ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقد روي ان النبي عليه السلام امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان

فصل في الوطء والنظر واللمس

قال ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة موضعها ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على انه لا يباح النظر الى قدمها وعن

ابى حنيفة رح انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابى يوسف انه يباح النظر الى ذراعيها
ايضا لانه قد يبدو منها عادة قال فان كان لا يامن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله
عليه السلام من نظر الى محاسن امراة اجنبية عن شهوة صب فى عينيه الآنك يوم القيمة فان
خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يامن يدل على انه لا يباح اذا شك فى
الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رايه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفيها وان كان يامن الشهوة
لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس
كف امراة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم القيمة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما
اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روى ان
ابا بكر رضى الله عنه كان يدخل بعض القبائل التى كان مسترضعا فيهم كان يصافح العجائز وعبد الله
ابن الزبير رضى الله عنه استاجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجليه وتفلى راسه وكذا اذا كان شيخا
يامن على نفسه وعليها لما قلنا وان كان لا يامن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض
للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال ويجوز
للقاضى اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهى للحاجة
الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة ولكن ينبغى ان يقصد به اداء الشهادة
او الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل
الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهى فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء
ومن اراد ان يتزوج امراة فلا باس بان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها لقوله عليه السلام فيه
ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب
ان ينظر الى موضع المرض منها للضرورة وينبغى ان يعلم امراة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس

اسهل فان لم يقدر واليستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع

ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع

الاحتقان من الرجل لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن ابي يوسف

لانه امارة المرض قال وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا الى ما بين سرته الى ركبته لقوله عليه السلام

عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا ثبت ان

السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي رحمهما الله والركبة عورة خلافا لما

قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر عورة

خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري رحمه الله معتمدا فيه العادة لانه لا معتبر بها مع

النص بخلافه وقد روى ابو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال الركبة من العورة

وابدى الحسن بن علي رضي الله عنهما سرته فقبلها ابو هريرة رضي الله عنه وقال عليه السلام

لجرهد وار فخذك اما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم

والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه

في السوءة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوءة

يؤدب ان لج وما يباح النظر اليه للرجل من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء قال

ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمرأة

في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل

الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها شهوة

او اكبر رأيها انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل

اليها وهو بهذه الصفة لا ينظر هذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة وهو

كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة من الجانبين موجودة ولا كذلك اذا اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق في جانب واحد قال وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول اصح قال وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها وهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن امتك وامرأتك ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة قال وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية والمراد والله اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكرنا في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست من مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلما تشتهى بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح

في الاصح لما بينا قال ولا بأس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفيها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها وقوله عليه السلام لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا بأس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا امنها الشهوة فان خافها على نفسه او عليها تيقنا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر اليه من ذوات محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال المرأة داخله في حق محارم الاقارب وكان عمر رضي الله عنه اذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الاماء ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة رحمه الله على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد

الحاجة قال ولا بأس بأن يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكر في المختصر واطلق
ايضاً في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشائخنا رحمهم الله يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى
للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكبر رائه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة
الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار
واحد ومعناه بلغت وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد انها اذا كانت
تشتهى ويجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء قال والخصي في النظر
الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراماً قبله
ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا المخنث في الردى من الافعال لانه فحل
فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال
ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك
هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة
لدخوله عليها من غير استيذان ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح
في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن
غيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها
ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى
امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطي حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلاً للولد ولهذا تخير
في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطي فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كان
تحته امة غيره فقد ذكرناه في النكاح

فصل في الاستبراء وغيره

قال ومن اشترى جارية
فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها والاصل فيه قوله

٣٦٧

عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسئلة وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطي والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطي والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة ومن المملوك وممن لا يحل له وطيها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غيره من اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب قد تم الان والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتضٍ للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء اذا رجعت

الآبقة او ردت المغصوبة او المواجرة او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث
الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجوداً وعدماً ولها نظائر كثيرة كتبناها في
كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطى حرم الدواعي لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها
في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها
لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضي الى الوطى و
الرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فتفضي اليه ولم يذكر الدواعي في المسبية
وعن محمد انها لا تحرم لانها لا يحتمل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي
بخلاف المشتراة على ما بينا والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر
لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام
للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في المعتدة فان ارتفع حيضها تركها حتى اذا
تبين انها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او
ثلاثة وعن محمد اربعة اشهر وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتباراً بعدة الحرة والامة في
الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة رح قال ولا باس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء
عند ابي يوسف خلافاً لمحمد وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والماخوذ قول ابي يوسف فيما اذا
علم ان البائع لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري
حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة ان يزوجها البائع قبل الشراء
او المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج لان
عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالاً له لا يجب الاستبراء
وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال ولا يقرب

المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطي الى ان يكفر حرم
الدواعي للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة
اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم
يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها لقصر
مددها وقد صح ان النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال

ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها

بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها واصل
هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطيا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين
ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما
في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطي بمنزلة الوطي في التحريم على ما مهدناه
من قبل فاذا قبلهما فكانه وطيهما ولو وطيهما ليس له ان يجامع احديهما ولا ان ياتي بالدواعي
فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجهما بشهوة لما بينا الا ان يملك
فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا وقوله بملك
اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا او غيره وتمليك الشقص فيه
كتمليك الكل لان الوطي يحرم به وكذا اعتاق البعض من احديهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة
كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطي بذلك كله وبرهن احديهما واجارتها وتدبيرها
لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج احديهما
نكاحا فاسدا لا يباح له وطي الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه تجب العدة عليها والعدة كالنكاح
الصحيح في التحريم ولو وطي احديهما حل له وطي الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطي الاخرى

لا بوطی الموطوءة وکل امرأتین لا یجوز الجمع بینهما نکاحاً فیما ذکرنا بمنزلة الاختین قال
ویکره ان یقبل الرجل فم الرجل او یده او شیئاً منه او یعانقه وذکر الطحاوی ان هذا قول ابی حنیفة
ومحمد وقال ابو یوسف رحمهم الله لا باس بالتقبیل والمعانقة لما روی ان النبی علیه السلام
عانق جعفراً رضی الله عنه حین قدم من الحبشة وقبل بین عینیه ولهما ما روی ان النبی
علیه السلام نهی عن المکامعة وهی المعانقة وعن المکاعمة وهی التقبیل وما رواه محمول علی ما قبل
التحریم ثم قالوا الخلاف فی المعانقة فی ازار واحد اما اذا کان علیه قمیص او جبة فلا باس
بها بالاجماع وهو الصحیح قال ولا باس بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال علیه السلام من صافح
اخاه المسلم وحرک یده تناثرت ذنوبه

فصل فی البیع

قال ولا باس ببیع السرقین ویکره بیع
العذرة وقال الشافعی لا یجوز بیع السرقین ایضاً لانه نجس العین فشابه العذرة وجلد
المیتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه یلقی فی الاراضی لاستکثار الریع فکان مالاً
والمال محل للبیع بخلاف العذرة لانه لا ینتفع بها الا مخلوطاً ویجوز بیع المخلوط هو المروی
عن محمد وهو الصحیح وکذا یجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغیر المخلوط فی الصحیح والمخلوط بمنزلة
زیت خالطته النجاسة قال ومن علم بجاریة انها لرجل فرأی آخر یبیعها وقال وکلنی صاحبها
ببیعها فانه یسعه ان یبتاعها ویطأها لانه اخبر بخبر صحیح لا منازع له وقول الواحد
فی المعاملات مقبول علی ای وصف کان لما مر من قبل وکذا اذا قال اشتریتها منه او وهبها
لی او تصدق بها علی لما قلنا وهذا اذا کان ثقة وکذا اذا کان غیر ثقة واکبر رأیه انه صادق
لان عدالة المخبر فی المعاملات غیر لازمة للحاجة علی ما مر وان کان اکبر رأیه انه کاذب لم یسعه
ان یتعرض لشیء من ذلک لان اکبر الرأی یقام مقام الیقین وکذا اذا لم یعلم انها لفلان ولکن اخبره
صاحب الید انها لفلان وانه وکله ببیعها او اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله

وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشيء فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل لم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيها لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي وان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجر فلابد من دليل قال وان امرأة اخبرها ثقة ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها ثلاثا او كان غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رأيها انه حق يعني بعد التحري فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس ان يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني لان القاطع طارئ ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة لم تقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او رجل وامرأتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك من الرضاعة لم يتزوج باختها او اربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فيثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت

٣٧٣

من امه او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم

قال واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين ان ياخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا باس به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل اخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ منه

قال ويكره الاحتكار في اقوات الآدميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذلك التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا باس به والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذا التلقي على هذا التفصيل لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد رح انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما لقول النبي عليه السلام

من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه
قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين
ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا
اما يأثم وان قلت المدة والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة قال ومن احتكر غلة
ضيعته او ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به
حق العامة الا ترى ان له ان لا يزرع فكذلك له ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول
ابي حنيفة رح لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف رح
يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد رح كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء
المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم
تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة قال ولا ينبغي
للسلطان ان يسعر على الناس لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر
القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام ان
يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى القاضي هذا
الامر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة في ذلك و
ينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن
الناس فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق
المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة من اهل الرأي والبصيرة فاذا فعل ذلك وتعدى رجل
عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي وهذا ظاهر عند ابي حنيفة رح لانه لا يرى الحجر على الحر
وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح

غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا باس بذلك لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال ولا باس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغيره وبخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه قال ومن اجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر بالسواد فلا باس به وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو الاصح قال ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية قال ولا باس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا باس ببيع ارضها ايضا وهذا رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولابي حنيفة قوله عليه السلام

ولأن مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولأنها حرة محترمة لأنها فناء الكعبة وقد
ظهر أثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف
البناء لأنه خالص ملك الباني ويكره إجارتها أيضاً لقوله عليه السلام من آجر أرض مكة فكأنما أكل
الربوا ولأن أراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج إليها سكنها ومن
استغنى عنها أسكن غيره ومن وضع درهماً عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك لأنه ملكه
قرضاً جر به نفعاً وهو أن يأخذ منه ما شاء حالاً وقد نهى رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعاً
وينبغي أن يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزءاً فجزءاً لأنه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ
والله أعلم

مسائل متفرقة

قال ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول ابن مسعود
رضي الله عنه جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولأن
التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الإعراب اتكالاً عليه فيكره قالوا في زماننا لا بد للعجم من
دلالة فترك ذلك إخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسناً قال ولا بأس بتحلية
المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال
ولا بأس بأن يدخل أهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي يكره ذلك وقال مالك يكره في
كل مسجد للشافعي قوله تعالى إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا
ولأن الكافر لا يخلو عن جنابة لأنه لا يغتسل اغتسالاً يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا
يحتج مالك والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي أن النبي عليه السلام
أنزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولأن الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي إلى تلويث المسجد
والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء أو طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية قال
ويكره استخدام الخصيان لأن الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة

قال ولا باس بخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة والناس وقد صح ان النبي عليه السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه قال ولا باس بعيادة اليهودي والنصراني لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح ان النبي عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره قال ويكره ان يقول الرجل في دعائه اسالك بمعقد العز من عرشك وللمسئلة عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب في كراهية الثانية لانه من القعود وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف انه لا باس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث لانه ماثور عن النبي عليه السلام روي انه كان من دعائه اللهم اني اسالك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر الواحد فكان الاحتياط في الامتناع ويكره ان يقول في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك ورسلك لانه لا حق للمخلوق على الخالق قال ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو لانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر بها فهو عبث ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل الا الثلاث تاديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو محكي عن الشافعي ولنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج والنردشير فكانما غمس يده في دم الخنزير ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متاول فيه وكره ابو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير ابو حنيفة رحمه الله به باسا ليشغلهم عما هم فيه قال ولا باس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير وهذا

استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله وجه الاستحسان انه
عليه السلام قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبدا وقبل هدية بريرة رضي الله عنها
وكانت مكاتبة واجاب رهط من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا و
لان في هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته و
لا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس **قال** ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه
يجوز قبضه الهبة والصدقة له واصل هذا ان التصرف على الصغار انواع ثلاثة نوع هو من باب
الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه
بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه
واجارة الاظآر وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في
حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون
في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط و
الاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل
والولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق **قال** ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره ويجوز للام ان تؤاجر ابنها
اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدام ولا كذلك الملتقط
والعم ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لان عند ذلك تمحض نفعا
فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه وقد ذكرناه **قال** ويكره ان يجعل الرجل في عنق
عبده الراية ويروى الداية وهو طوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك راسه وهو معتاد بين الظلمة
لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره ان يقيده لانه سنة المسلمين في السفهاء
واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله **قال** ولا باس بالحقنة يريد

به التداوي كان للتداوي مباحا بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال و
النساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال ولا بأ
برزق القاضي لانه عليه السلام بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا الى اليمن وفرض له
ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب النفقة
كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه
استيجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل
بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن
اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو الاصح
صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر
اعادته ثم تسميته رزقا تدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول
السنة لان الخراج يؤخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة و
المأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها
قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة
والاصح انه يجب الرد قال ولا بأس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في
حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وام الولد امة لقيام
الملك فيها وان امتنع بيعها والله اعلم بالصواب

كتاب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه
ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال فما كان منها عاديا لا مالك له

او كان مملوكا فى الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا
وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال رضى الله عنه هكذا
ذكره القدورى رح ومعنى العادى ما قدم خرابه والمروى عن محمد رح انه يشترط ان يكون مملوكا لمسلم
او ذمى مع انقطاع الارتفاق بها لتكون ميتة مطلقا فاما التى هى مملوكة لمسلم او ذمى
لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك ترد عليه
ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف رح لان الظاهر ان ما يكون
قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد رح اعتبر انقطاع ارتفاق
اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده رح
وشمس الائمة السرخسى رح اعتمد على ما اختاره ابو يوسف رح ثم من احياه باذن الامام ملكه
وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابى حنيفة رح وقالا يملكه لقوله عليه السلام من احيى
ارضا ميتة فهى له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما فى الحطب والصيد و
لابى حنيفة رح قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه وما رويناه يحتمل
انه اذن لقوم لا نصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب
فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما فى سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف
الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو
احياها ثم تركها وزرعها غيره فقد قيل الثانى احق بها لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها
فاذا تركها كان الثانى احق بها والاصح ان الاول ينزعها من الثانى لانه ملكها بالاحياء على ما نطق
به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيى ارضا ميتة ثم
احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد رح ان طريق الاول فى الارض

٣٨١

الرابعة لتعينها للتطرق وقصد الرابع ابطال حقه قال ويملكه الذمي بالاحياء كما يملكه
المسلم لان الاحياء سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة اذن الامام من شرطه فيستويان
فيه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا قال ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلاث
سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره لان الدفع الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين
من حيث العشر والخراج فاذا لم تحصل يدفعها الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء
ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير للاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع
الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط
ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق ولانه
اذا اعلمه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ اموره فيه ثم زمان يرجع الى ما يحجره
فقدرناه بثلاث سنين لان ما دونها من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحضر بعد
انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه
المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول فصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد
ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها
من الشوك او خضد ما فيها من الحشيش والشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير
ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول او حفر من بيرها ذراعا او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو
كربها وسقاها فعن محمد انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها
يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها او سنمها بحيث
يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال ولا يجوز احياء ما قرب من
العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دليلا على ما بيناه

فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام
ما لا غنى بالمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا **قال** ومن حفر بئرا
في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر في ارض موات باذن الامام عنده او باذنه وبغير اذنه عندهما
لان حفر البير احياء **قال** فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعا لقوله عليه السلام من حفر
بيرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل اربعون من كل الجوانب والصحيح انه من
كل جانب لان في الاراضي رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها وان كانت للناضح فحريمها ستون
ذراعا وهذا عندهما وعند ابي حنيفة اربعون ذراعا لهما قوله عليه السلام حريم العين خمس
مائة ذراع وحريم بير العطن اربعون ذراعا وحريم بير الناضح ستون ذراعا ولانه قد يحتاج
فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبير العطن للاستقاء منه بيده فقلت
الحاجة فلا بد من التفاوت وله ما رويناه من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به
اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس يابى استحقاق الحريم لان عمله
في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه
على الاصل
ولانه قد يستقي من العطن بالناضح ومن بير الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما
ويمكنه ان يدير البعير حول البير فلا يحتاج الى زيادة مسافة **قال** وان كانت عينا فحريمها
خمسمائة ذراع لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة فلا بد
من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري فيه الى الزراعة فلهذا يقدر بالزيادة
والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع
هو المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبير بما ذكرنا في اراضيهم لصلابتها
وفي اراضينا رخاوة فيزاد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول **قال** فمن اراد ان يحفر

في حريمها منع منه كيلا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك
الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بئرا في حريم
الاول للاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا ولو اراد اخذ الثاني فيه قيل له ان ياخذه بكبسه لان
ازالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان
ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في ادب القاضي للخصاف وذكر
طريق معرفة النقصان وما عطب في الاول فلا ضمان فيه لانه غير متعد ان كان باذن الامام
فظاهر وكذا ان كان بغير اذنه عندهما والعذر لابي حنيفة رح انه يجعل الحفر تحجيرا وهو
بسبيل منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه وما عطب في الثانية ففيه الضمان
لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وان حفر الثاني بئرا وراء حريم الاول فذهب ماء البير
الاول لا شيء عليه لانه غير متعد في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب
الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه والقناة لها حريم بقدر ما يصلحها وعن محمد رح انه
بمنزلة البير في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء على الارض
لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو بمنزلة عين فوارة

فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع والشجرة تغرس في ارض موات لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره
ان يغرس شجرا في حريمها لانه يحتاج الى حريم له يجذ فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر

بخمسة اذرع من كل جانب به ورد الحديث قال وما ترك الفرات او الدجلة وعدل عنه
الماء ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة الى كونه نهرا وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو

كالموات اذا لم يكن حريما لعامر لانه ليس في ملك احد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو
اليوم في يد الامام قال ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة رح

الا ان يقيم بينة على ذلك وقالا له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه قيل هذه
المسئلة بناء على ان من حفر نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده و
عندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل الماء ولا يمكنه المشي
عادة في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا
بالبير وله ان القياس يأباه على ما ذكرناه وفي البير عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها الى
في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البير الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم
فتعذر الالحاق ووجه البناء ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر
فالقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما نذكره
ان شاء الله تعالى وان كانت مسئلة مبتدءة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه
الماء به ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى اما صورة
فلاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده
ما هو اشبه به كاثنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق على باب
احدهما يقضى للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاء
ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على انه ان كان
مستمسكا به ماء نهره فالآخر دافع به الماء عن ارضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر
لا ملكه كالحائط لرجل ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه وفي الجامع الصغير
نهر لرجل الى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة ارض تلزقها وليست المسناة في يد احدهما
فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة وقالا هي لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست
المسناة في يد احدهما معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ

موضع الخلاف اما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان
عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف ايضا وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس
لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر واما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف و
قيل ان لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع
للضرورة قال الفقيه ابو جعفر آخذ بقوله فى الغرس وبقولهما فى القاء الطين ثم عن ابى يوسف
ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق
بالناس

فصول فى مسائل الشرب

فصل فى المياه

واذا كان لرجل نهر
او بئر او قناة فليس له ان يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبنى آدم والبهائم اعلم ان المياه
انواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقى الاراضى حتى ان من اراد ان
يكرى نهرا منها الى ارضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء
فلا يمنع من الانتفاع به على اى وجه شاء والثانى ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون
ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقى الاراضى بان احيى واحد
ارضا ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر فى ملك احد
لانها مباحة فى الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك لان
دفع الضرر عنهم واجب وذلك فى ان يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى
والاراضى وعلى هذا نصب الرحى عليه لان شق النهر للرحى كشقه للسقى به والثالث اذا دخل
الماء فى المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عليه السلام الناس شركاء فى ثلاث
فى الماء والكلاء والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص منه الاول وبقى الثانى وهو الشفة ولان البير
ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك المباح بدونه كالظبى اذا تكنس فى ارضه ولان فى ابقاء الشفة ضرورة

لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع
عنه افضى الى حرج عظيم فان اراد رجل ان يسقي بذلك ارضا احياها كان لاهل النهر ان
يمنعوه عنه اضر بهم او لم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولانا لو ابحنا ذلك لانقطعت منفعة
الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني وانه صار مملوكا له بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ
الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع
يعز وجوده وهو يساوي نصابا لم تقطع يده ولو كان البئر او العين او الحوض او النهر في ملك
رجل له ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء آخر بقرب من هذا الماء
في غير ملك احد وان كان لا يجد يقال لصاحب النهر اما ان تعطيه الشفة او تتركه يأخذه بنفسه
بشرط ان لا يكسر ضفته وهذا مروي عن الطحاوي وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر في ارض
مملوكة له اما اذا احتفرها في ارض موات ليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر
لاحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه
او ظهره العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء
في البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه
وكذا الطعام عند اصابة المخمصة وقيل في البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح بعصا
لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان يأتي على الماء كله بان كان
جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان
الابل لا ترده في كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له ان يمنعه اعتبارا
بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه ولهم ان يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل
الثياب في الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع وان اراد ان يسقي

شجرا أو غصنا في دار رجل بإجارة له ذلك في الأصح لأن الناس يتوسعون فيه ويعدون
المنع من الدناءة وليس له أن يسقي أرضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته
إلا بإذنه نصا وله أن يمنعه من ذلك لأن الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب
بواحدة لأن في إبقائه قطع شرب صاحبه ولأن المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق بها
حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة فإن أذن له صاحبه في ذلك أو أعاره فلا بأس
به لأنه حقه فتجري فيه الإباحة كالماء المحرز في إنائه **فصل** في كري الأنهار قال رضي الله
عنه الأنهار ثلاثة نهر غير مملوك لأحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه
ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة إلا أنه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو
خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالأول كريه على السلطان
من بيت مال المسلمين لأن منفعة الكري لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف إليه من مؤنة الخراج
والجزية دون العشور والصدقات لأن الثاني للفقراء والأول للنوائب فإن لم يكن في بيت المال شيء
فالإمام يجبر الناس على كريه إحياء لمصلحة العامة إذ هم لا يقيمونها بأنفسهم وفي مثله قال
عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم أولادكم إلا أنه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير
الذين لا يطيقونه بأنفسهم وأما الثاني فكريه على أهله لا على بيت المال لأن الحق لهم والمنفعة تعود
إليهم على الخصوص والخلوص ومن أبى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر
الآبي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو أرادوا أن يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر
عام كغرق الأراضي وفساد الطرق يجبر الآبي وإلا فلا لأنه موهوم بخلاف الكري لأنه معلوم
وأما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على أهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني وقيل لا يجبر
لأن كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما أنفقوا فيه إذا كان بأمر

القاضي في ستون الجنبتان بخلاف ما تقدم ولا يجبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا و
مؤنة كري النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا عند
ابي حنيفة رح وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص الشرب والاراضين لان لصاحب الاعلى
حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه وله ان المقصود من الكري
الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته
كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه
ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرنا وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد رح
والاول اصح لان له رأيا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله فاذا جاوز الكري ارضه حتى سقطت عنه
مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم تفرغ شركاؤه
نفيا لاختصاصه وليس على اهل الشفة من الكري شيء لانهم لا يحصون ولانهم اتباع

فصل

في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد
يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه
الدعوى واذا كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك
على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده
ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا النهر له او انه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى
ارضه ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في
نهر او على سطح او الميزاب او الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب واذا كان
نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع
بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة

على نمط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال
حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او
اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم فى نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح
لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحد منهم ان يكرى منه
نهرا او ينصب عليه رحى ماء الا برضاء اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع
مشترك بالبناء الا ان يكون رحى لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها فى ارض صاحبها لانه
تصرف فى ملك نفسه ولا ضرر فى حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء
ان يتغير عن سننه الذى كان يجرى عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه
جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر
خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا فاراد
ان ينقض ذلك ولا يزيد ذلك فى اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف فى خالص ملكه وضعا و
رفعا ولا ضرر بالشركاء باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر
ويزيد على مقدار حقه فى اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا اراد ان يؤخرها
عن فم النهر فيجعلها فى اربعة اذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء بخلاف
ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك فى الصحيح لان قسمة الماء فى الاصل
باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير
موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك
لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة فى نهر خاص ليس لاحد
ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى فى النهر

الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق
الاولى وليس لاحد من الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب
لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى
حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض
الماء قبل ان يسقي الاخرى وهو نظير طريق مشترك اذا اراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار
اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى من الشركاء في
النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه كيلا تنز ليس له ذلك
لما فيه من الضرر بالآخر وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى
الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده
لانه اعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع
بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود
اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت
العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في
الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى
لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما في حال
حياته وكيف يصنع الامام الاصح ان يضم الارض لا شرب لها فيبيعهما باذن صاحبها ثم ينظر
الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى
على تركة الميت ارضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعهما فيصرف من الثمن الى ثمن الارض والفاضل
الى قضاء الدين واذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء اي ملأها فسال من مائها في ارض رجل فغرقها

او كربت ارض جارة من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه والله اعلم

كتاب الاشربة

سمى بها وهى جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر
وهى عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل
من ثلثيه وهو الطلاء المذكور فى الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا
اشتد وغلا اما الخمر فالكلام فيها فى عشرة مواضع احدها فى بيان مائيتها وهى النىء من ماء
العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض الناس
هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين
واشار الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود فى كل مسكر ولنا
انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفى غيره
ولان حرمة الخمر قطعية وهى فى غيرها ظنية وانما سمى خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل على ان
ما ذكرتم لا ينافى كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم
خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين
والثانى اريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثانى فى حد ثبوت هذا
الاسم وهذا الذى ذكره فى الكتاب قول ابى حنيفة رح وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا
يشترط القذف بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر فى الفساد بالاشتداد
ولابى حنيفة ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافى
من الكدر واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع وقيل
يؤخذ فى حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف

عليه ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر منها حرام لان به يحصل الفساد
وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لانه جحود الكتاب فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين
وقد جاءت السنة متواترة ان النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد الاجماع ولان
قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار
منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى سائر المسكرات
والشافعي يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية
الاسم والتعليل في الاحكام لا في الاسماء والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول
لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل
القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان
الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها
واكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها والاصح انه مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها و
من كان له على مسلم دين فاوفاه ثمن خمر لا يحل له ان ياخذه ولا للمديون ان يؤديه لانه ثمن بيع
باطل وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي
فانه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة
الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب
والثامن ان يحد شاربها وان لم يسكر منها لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان
عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا
وعليه انعقد اجماع الصحابة رضي الله عنهم وتقديره ما ذكرناه في الحدود والتاسع ان
الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه

على ما قالوا الا ان الحد بالقليل في النيء خاصة لما ذكرنا وهذا قبل الطبخ والعاشر
تخليلها وفيه خلاف الشافعي رح وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر
واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى
الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد
وقذف بالزبد او اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة
لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق
فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به واما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر
اي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه
سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رضي الله
عنهم ويدل عليه ما رويناه من قبل والآية محمولة على الابتداء وكانت الاشربة مباحة
كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا واما
نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا ويتأتى فيه خلاف الاوزاعي
وقد بينا المعنى من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها و
يكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر
ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة
رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة رح خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم
وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده تجب قيمتها لا مثلها على ما عرف
ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف رح انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب
بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة

فلا بأس به قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان
ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة رح ولا يحد شاربه عنده
وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن
الرماك وعن محمد رح انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في
سائر الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف رح يقول ما كان من الاشربة يبقى
بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة رح وقوله الاول
مثل قول محمد ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى
قوله لا يفسد لا يحمض ووجهه ان بقاء هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته فكان
اية حرمته ومثل ذلك مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما وابو حنيفة رح يعتبر حقيقة
الشدة على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره
ان شاء الله تعالى وابو يوسف رح رجع الى قول ابي حنيفة فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا
وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه
ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند
محمد والشافعي رح حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي ونذكره ان شاء الله تعالى قال ولا بأس
بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر رض شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت
اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان
مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه وما روي انه عليه السلام نهى عن
الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء

قال ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله

اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد فانه روى عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند ابي حنيفة اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه قال

وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ومالك والشافعي حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا

ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلث الكل لان الماء يذهب اولا
للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى
بادنى طبخة فى رواية عن ابى حنيفة وفى رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو
الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغيير فصار كما بعد العصر ولو جمع فى الطبخ بين العنب والتمر او بين
التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب
لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر
لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمر او زبيب ان كان ما انقع فيه
شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا باس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل
كما اذا صب فى المطبوخ قدح من النقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد فى شربه لان التحريم للاحتياط
وهو فى الحد فى درءه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة
قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال ولا باس بالانتباذ فى الدباء والحنتم والمزفت والنقير لقوله
عليه السلام فى حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا فى كل ظرف فان الظرف لا يحل
شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ
فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد
لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابى يوسف يغسل ثلاثا ويجفف فى كل مرة وهى مسئلة ما
لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابى يوسف يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير
يحكم بطهارته قال واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشىء يطرح فيها
ولا يكره تخليلها وقال الشافعي يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شىء فيه
قولا واحدا وان كان بغير القاء شىء فيه فله فى الخل الحاصل به قولان له ان فى التخليل اقترابا من

الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل ولان
بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء
وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ
والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير
حلالا في الثاني فيختاره من ابتلي به واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه
وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من
ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا قال ويكره شرب
دردي الخمر والامتشاط به لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوي
جرحا او دبرة دابة ولا ان يسقي ذميا ولا ان يسقي صبيا للتداوي والوبال على من سقاه
وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا باس به كما في الكلب
والميتة ولو القى الدردي في الخل لا باس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما
قلنا قال ولا يحد شاربه اي شارب الدردي ان لم يسكر وقال الشافعي يحد لانه شرب
جزءا من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه
غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء
بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد
لعدم الشرب هو السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر
منه لانه اصابته الطبخ ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه

فصل

في طبخ العصير الاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر
ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ

الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلاث فيحل كان الذي يذهب بدأ هو العصير والماء إذا

وإنما كان يحل كان العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة والأصل أخران العصير إذا صبّ

عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء أسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي

بعد ما ذهب مقدار ما صبّ فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو

الماء والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان معا تغلي الجملة حتى يذهب

ثلثاها ويبقى ثلثها فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما

إذا صبّ الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون

دورقا من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفي الوجه

الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلي بدفعة ودفعات سواء اذا حصل قبل ان

يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان يحل لانه اثر النار والأصل آخران العصير

اذا طبخ فذهب بعضه ثم اهريق بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه ان

تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب

بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال عصير

طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق منه ثلاثة ارطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة

وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على

ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل

جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان وعلى هذا تخرج

المسائل ولها طرق اخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل والله اعلم بالصواب

كتاب الصيد

الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى
واذا حللتم فاصطادوا ولقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما ولقوله عليه السلام
لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه
فكل وان اكل منه فلا تاكل لانه انما امسكه على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا
تاكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه
نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من اقامة التكاليف فكان
مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني

في الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح

قال ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي
وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير
فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من
الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب في تأويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه
ما روينا من حديث عدي رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن
ابي يوسف رحمه الله انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته
والدب لخساسته والحق بهما بعضهم الحدأة لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس
العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم
والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله

ويمسكه عليه قال وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلاث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا
دعوته وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب
ليتركه ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة

آية تعليمها اما الكلب فهو الوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك ما الوفه هو الاكل والاستلاب

ثم شرط ترك الاكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة رحمهم الله لان فيما دونه

مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلاثا دل على انه صار عادة له

وهذا لان الثلاث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص

الاخيار ولان الكثير هو الذي يقع امارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه الثلاث

فقدر بها وعند ابي حنيفة رحمه الله على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم

ولا يقدر بالثلاث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى راي المبتلى

به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل لانه

انما يصير معلما بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار

كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله انه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة

بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال واذا ارسل

كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله

لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه ولان الكلب او البازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة

الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلا بد من التسمية

عنده ولو تركه ناسيا حل ايضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح

ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان من البدن

بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير

الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه

ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف انه لا يشترط رجوعا الى التاويل الاول وجوابه

ما قلنا **قال** فإن أكل منه الكلب والفهد لم يؤكل وإن أكل منه البازي أكل والفرق ما بيناه
في دلالة التعليم وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي رضي الله عنه وهو حجة على مالك و
الشافعي في قوله القديم في إباحة ما أكل الكلب منه ولو أنه صاد صيودا ولم يأكل منها ثم أكل
من صيد لا يؤكل هذا الصيد لأنه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على
اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء وأما الصيود التي أخذها من قبل فما أكل منها لا تظهر الحرمة
فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بأن كان في المفازة بأن لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة
فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عند أبي حنيفة خلافا لهما هما يقولان إن الأكل ليس يدل على
الجهل فيما تقدم لأن الحرفة قد تنسى ولأن فيما أحرزه قد أمضي الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض
باجتهاد مثله لأن المقصود قد حصل بالأول بخلاف غير المحرز لأنه ما حصل المقصود من كل
وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الإحراز فحرمناه احتياطا وله أنه آية جهله من الابتداء
لأن الحرفة لا ينسى أصلها فإذا أكل تبين أنه كان تركه الأكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد
قبل حصول المقصود لأنه بالأكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو أن صقرا فر من
صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل صيده لأنه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب إذا
أكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل لأنه ممسك للصيد عليه
وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له ولو أخذ
الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة وألقاها إليه فأكلها يؤكل ما بقي لأنه لم يبق صيدا فصار
كما إذا ألقى إليه طعاما غيره وكذا إذا وثب الكلب فأخذه منه وأكل منه لأنه ما أكل من الصيد
والشرط ترك الأكل من الصيد فصار كما إذا افترس شاته بخلاف ما إذا فعل ذلك قبل أن يحرزه
المالك لأنه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهس الصيد فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد

فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد ولو القى ما نهسه

واتبع الصيد فقتله ولم ياكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فاكلها يؤكل الصيد لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهس البضعة قد يكون لياكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله

قال وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يحل وهو قول الشافعي لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال وجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه ثبتت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكين من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فادير الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقي فيه من الحياة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن لفقد الة لم يؤكل وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت

٤٠٣

وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رح لا يؤكل ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة

الاختيار ولم يوجد على ما نذكره ان شاء الله تعالى هذا الذي ذكرناه اذا ترك التذكية فلو انه

ذكاه حل اكله عند ابي حنيفة رح وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه

وفيه حيوة خفية او بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل

وعند ابي يوسف رح اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد رح

ان كان يعيش مثله فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على

ما قررناه ولو ادركه ولم ياخذه فان كان في وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار في حكم

المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد وان

ادركه فذكاه حل له لانه ان كانت فيه حيوة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان

لم تكن فيه حيوة مستقرة فعند ابي حنيفة رح ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما

لا يحتاج الى الذبح واذا ارسل كلبه على صيد واخذ غيره حل وقال مالك رح لا يحل لانه اخذه

بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول

الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فسقط اعتباره

ولو ارسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية

الواحدة لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد

فتكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحة

بفعل غير الاول فلابد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احدهما فوق الاخر وذبحهما بمرة واحدة

تحلان بتسمية واحدة ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل لان مكثه ذلك

حيلة منه للصيد لا استراحة فلا ينقطع الارسال وكذا الكلب اذا اعتاد عادته لو اخذ

الكلب صيدا فقتله ثم اخذ اخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكلا جميعا لان الارسال

قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب آخر ولو قتل الاول

فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد اخر فقتله لا يوكل الثاني لانقطاع الارسال

بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه

المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله فانه يوكل هذا اذا لم يمكث زمانا

طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للتمكين لما بينا في الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا

فقتله ولا يدرى ارسله انسان ام لا لا يوكل لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه

قال وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه

هذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة رح انه اذا كسر عضوا فقتله لا باس باكله

لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم

ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق قال وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او

كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل لما روينا في حديث عدي رضي الله عنه و

لانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصا او احتياطا ولو رده عليه الكلب الثاني

ولم يجرحه معه ومات بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف

ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب

فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني

على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد فاخذه وقتله لا باس باكله لان

فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه

فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما قال

وإذا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا بأس بصيده والمراد بالزجر الإغراء بالصياح عليه وبالانزجار إظهار زيادة الطلب ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الإرسال لكونه بناء عليه قال ولو أرسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لأن الزجر دون الإرسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فأولى أن لا يثبت به الحل وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي وإن لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر فأخذ الصيد فلا بأس بأكله لأن الزجر مثل الانفلات لأنه إن كان دونه من حيث أنه بناء عليه فهو فوقه من حيث أنه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو أرسل المسلم كلبه على صيد وسمى فأدركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله أكل وكذا إذا أرسل كلبين فوقذه أحدهما ثم قتله الآخر أكل لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه أحدهما وقتله الآخر أكل لما قلنا والملك للأول لأن الأول أخرجه عن الصيدية إلا أن الإرسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الإباحة والحرمة حالة الإرسال فلم يحرم بخلاف ما إذا كان الإرسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الأول

فصل في الرمي

ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه أو أرسل كلبا أو بازيا عليه فأصاب صيدا ثم تبين أنه حس صيد حل المصاب أي صيد كان لأنه قصد الاصطياد وعن أبي يوسف أنه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم ألا ترى أنه لا تثبت الإباحة في شيء منه بخلاف السباع لأنه يؤثر في جلدها وزفر خص منها ما لا يؤكل لحمه لأن الإرسال فيه ليس للإباحة ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بمأكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه وإباحة التناول ترجع إلى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا تثبت إذا لم

بقبله واذا وقع اصطياداً صار كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس آدمي
او حيوان اهلي لا يحل المصاب لان الفعل ليس باصطياد والطير الداجن الذي يأوي البيوت
اهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى الى طائر فاصاب صيداً ومرّ الطائر ولا
يدري وحشي هو او غير وحشي حل الصيد لان الظاهر فيه التوحش ولو رمى الى بعير
فاصاب صيداً ولا يدري ناد هو ام لا لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستيناس ولو رمى
الى سمكة او جرادة فاصاب صيداً يحل في رواية عن ابي يوسف لانه صيد وفي اخرى عنه
لا يحل لانه لا ذكاة فيهما ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه آدمياً فاذا هو صيد يحل لانه
لا معتبر بظنه مع تعينه واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات لانه
ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من
الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكوة على ما بيناه **قال** فان ادركه حياً ذكاه وقد
بيناه بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيده **قال** واذا وقع السهم بالصيد
فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتاً اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه
ميتاً لم يؤكل لما روي عن النبي عليه السلام انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل
هوام الارض قتلته ولان احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي ان يحل كله لان الموهوم في
هذا كالمتحقق لما روينا الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد
عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذي رويناه
حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل وان بات ليلة لا يحل ولو
وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرماً
بخلاف هوام الارض والجواب في ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه **قال** واذا

رمى صيدا فوقع في الماء او وقع على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يوكل لانه

المتردية وهو حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط من عال

يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي رضي الله عنه وان وقعت رميتك في الماء فلا تاكل

فانك لا تدري ان الماء قتله او سهمك وان وقع على الارض ابتداء اكل لانه لا يمكن الاحتراز عنه

وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل

ان سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا

وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فمما يمكن

التحرز عنه اذا وقع على شجر او حائط او آجرة ثم وقع على الارض او رماه وهو على جبل فتردى

من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع على رمح منصوب او قصبة قائمة على

حرف آجرة لاحتمال ان حد هذه الاشياء قتله ومما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض

كما ذكرناه او على ما هو في معناه كجبل او ظهر بيت او لبنة موضوعة او صخرة فاستقر

عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه

لم يوكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروي في الاصل على

غير حالة الانشقاق وحمله شمس الائمة السرخسي على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه

بذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض

لو وقع عليها وذلك عفو وهذا اصح وان كان الطير مائيا فان كانت الجراحة لا تنغمس

في الماء اكل وان انغمست لا يوكل كما اذا وقع في الماء قال وما اصابه المعراض بعرضه لم

يوكل وان جرحه يوكل لقوله عليه السلام فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تاكل ولانه

لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكوة على ما قدمناه قال ولا يوكل ما اصابه البندقة

فمات بها لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك ان رماه بحجر
وكذلك ان جرحه قالوا تاويله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان
كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا
كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حادة ولم تبضع بضعا
لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بها فابان راسه او قطع اوداجه لان العروق تنقطع بثقل
الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك ولعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا او بعود حتى
قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ لا باس
به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين
كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدرى مات
بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف او بسكين فاصابه بحده فجرحه حل
وان اصابه بقفا السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحد بدون غيره فيه سواء ولو
رماه فجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك
عند بعض المتاخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم قد يحتبس بضيق المنفذ
او غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط
الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا بد من الادماء
ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لا تحل وقيل تحل ووجه القولين يدخل فيما ذكرناه واذا اصاب
السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه **قال** واذا رمى
صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد لما بيناه ولا يؤكل العضو وقال الشافعي اكلا ان مات الصيد
منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الراس بذكاة الاختيار

ما ذكرنا ميت لانه ما ابين بالذكوة ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا
فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام
الحيوة فيه وكذا حكما لانه تتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى
لو وقع في الماء وفيه حيوة بهذه الصفة يحرم وقوله ابين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم تقع
ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحيوة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال
فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما
وذلك بان يبقى في المبان منه حيوة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حيوة صورة لا حكما ولهذا لو
وقع في الماء وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من جبل او سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل
فنقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوائم او اقل من نصف الراس يحرم المبان
ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحيوة في الباقي ولو قده بنصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما
يلي العجز او قطع نصف راسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا حكما
لا يتوهم بقاء الحيوة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما ابين منه فهو ميت الا ان ميتته
حلال بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان راسها يحل لقطع الاوداج ويكره
هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربها من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان
لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام
والاندمال فاذا مات حل كله لانه بمنزلة سائر اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا
بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني **قال** ولا يوكل صيد المجوسي والمرتد والوثني
لانهم ليسوا من اهل الذكوة على ما بيناه في الذبائح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني
واليهودي لانهما من اهل الذكوة اختيارا فكذا اضطرارا **قال** ومن رمى صيدا فاصابه

ولو رمى صيدا فاثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤكل لانه هو الآخذ وقد قال
عليه السلام الصيد لمن اخذ وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يؤكل
لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكوة للقدرة على ذكوة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا
اذا كان الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الثاني اما اذا كان
الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان
رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا
يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش
يوما او دونه فعلى قول ابي يوسف لا يحرم بالرمي الثاني لان هذا القدر من الحيوة لا عبرة بها
عنده وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحيوة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار
الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد سواء ولا يحل والثاني ضامن
لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه بالرمي الاول وهو
منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضي الله عنه تاويله اذا علم ان القتل
حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه
ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا
يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت حصل من الجراحتين ولا يدرى قال في
الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين ثم يضمن
نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا
واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن
نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاول ما كان بصنعه والثاني ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا

واما الثالث فلان بالرمي الاول ما حل بل يحل بذكوة الاختيار لولا الرمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانياً فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره وصيد كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني محرم كذا هذا قال ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل لاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص بمأكول اللحم قال قائلهم شعر صيد الملوك ارانب وثعالب واذا ركبت فصيدي الابطال ولان صيده سبب للانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله اعلم بالصواب

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما روي انه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه به درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك رح يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلونا والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة

النصب بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان من البائع الى المشترى وليس بموجب ابتداء والاول
اصح قال واذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد
وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض
اذ المقصود لا يحصل قبله قال واذا سلمه اليه فقبضه دخل فى ضمانه وقال الشافعى رحمه الله
هو امانة فى يده ولا يسقط شئ من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلثا
لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه
لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط
بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد اذ الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة
ولنا قول النبى عليه السلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه
السلام اذا عمى الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك و
اجماع الصحابة والتابعين رضى الله عنهم على ان الرهن مضمون مع اختلافهم فى كيفيته
فالقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس
الكلى بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخى عن السلف ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء و
هو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت
رهينة وقال قائلهم شعر وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا والاحكام
الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو ان تكون
موصلة اليه وذلك بثبوت ملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن و
ليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره واذا كان كذلك
يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدى الى الربوا بخلاف

حالة القيام لانه ينتقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقي بدونه
لانه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية اما العين امانة حتى كانت نفقة المرهون على
الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه
المرتهن لان العين امانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا
يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة والحاصل ان عندنا حكم الرهن
صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين
استيفاء منه عينا بالبيع ويخرج على هذين الاصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه
عددناها في كفاية المنتهى جملة منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لانه يفوت
موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعينه
للبيع وسيأتيك البواقي في اثناء المسائل ان شاء الله تعالى **قال** ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان
حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال رضي الله عنه ويدخل على هذا
اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين الا ان يقال ان الموجب
الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه اكثر المشائخ وهو دين ولهذا تصح الكفالة بها
ولئن كان لا يجب الا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته
يوم القبض فيكون رهنا بعد تقرر سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة
المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة **قال** وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك
في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وان كانت قيمة الرهن اكثر
فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين وان كانت اقل
سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر

مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن بعد ما قيمته يوم رهن ألف وخمس مائة والدين ألف رجع الراهن على المرتهن بخمس مائة له حكم علي رضي الله عنه قال يترادان الفضل في الرهن ولأن الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم ولأن يد المرتهن يد الاستيفاء فلا يوجب الضمان إلا بالقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد فيما روي حالة البيع فإنه روي عنه أنه قال المرتهن أمين في الفضل قال وللمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لأن حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فإذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم وإذا طلب المرتهن دينه يؤمر بإحضار الرهن لأن قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لأنه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل وإذا أحضره أمر الراهن بتسليم الدين أولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولا وإن طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه إن كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لأن الأماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الإيفاء فيه في باب السلم بالإجماع وإن كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف إحضار الرهن لأن هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان إلى مكان لأنه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد أو نسيئة جاز لإطلاق الأمر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن إحضار الرهن لأنه لا قدرة له على الإحضار وكذا إذا أمر المرتهن ببيعه فباعه

ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه

يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد

فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال

الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما

اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضي بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على

قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضارها كلها كما لا بد

من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمته بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا

ولو وضع الرهن على يد العدل وامر ان يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا

يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه

العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان ولا

ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض

شيئا وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدرى اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد

الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد توى

المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به قال وان كان الرهن في

يده ليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضي الدين

على ما بيناه ولو قضاه البعض فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس المبيع

فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق الى مستحقه

فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق

فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض

الدين او يبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو هلك في يده سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان ياذن له المالك لان له حق الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له ان يؤاجر ويعير لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي

قال وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله قال رضي الله عنه معناه ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة وان حفظه بغير من في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالتعدي فلو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال لانه غير ماذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين او ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد سيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن

قال واجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلا

وتبقيته عليه لما أنه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه
وأجرة الراعي في معناه لأنه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وسقي
البستان وكري النهر وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه أو لرده إلى يد
المرتهن أو لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ لأن الإمساك حق له والحفظ واجب عليه
فيكون بدله عليه وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه وهذا في ظاهر الرواية
وعن أبي يوسف أن كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لأنه سعي في تبقيته ومن هذا القسم
جعل الآبق فإنه على المرتهن لأنه يحتاج إلى إعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت من
مؤنة الرد فيلزمه وهذا إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وإن كانت قيمة الرهن أكثر فعليه
بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لأنه أمانة في يده والرد لإعادة اليد ويده
في الزيادة يد المالك إذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف أجرة البيت
الذي ذكرناه حيث تجب على المرتهن وإن كان في قيمة الرهن فضل لأن وجوب ذلك
بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فأما الجعل إنما يلزمه لأجل الضمان فيتقدر بقدر
المضمون ومداواة الجراحة ومعالجة القروح ومعالجة الأمراض والفداء من الجناية تنقسم
على المضمون والأمانة والخراج على الراهن خاصة لأنه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم
على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لأن وجوبه لا ينافي ملكه
بخلاف الاستحقاق وما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما أنفق أحدهما
مما يجب على الآخر بأمر القاضي رجع عليه كأن صاحبه أمره به لأن ولاية القاضي
عامة وعن أبي حنيفة أنه لا يرجع إذا كان صاحبه حاضرا وإن كان بأمر القاضي
وقال أبو يوسف يرجع في الوجهين وهي فرع مسألة الحجر والله أعلم

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي رح يجوز ولنا فيه وجهان احدهما ما يبتنى على حكم
الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع
وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثاني ان موجب الرهن هو الحبس
الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه
الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس ولو جوزناه في المشاع
يفوت الدوام لانه لا بد من المهاياة فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما
يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة
القسمة وهو فيما يقسم اما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء و
المشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول
وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا و
الشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف انه لا يمنع لان حكم البقاء
اسهل من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه
فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو
الملك واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره في حالة
البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن قال ولا رهن ثمرة
على رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخيل في الارض دونها لان المرهون متصل
بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع وكذا اذا رهن الارض دون النخيل او دون الزرع او النخيل
دون الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده

وعن ابي حنيفةؒ ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جائز ولا ضرورة الى ادخاله من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمر ويدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل كله لان الرهن حصل كانه ما ورد الا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع التسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر

قال ولا يصح الرهن بالامانات كالودائع والعواري والمضاربات ومال الشركة لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما

الاعيان المضمونة بعينها وهي ان يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب و
بدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان
قائما وجب تسليمه وان كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح قال والرهن
بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة والفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل
الوجوب واضافة التمليك الى زمان في المستقبل لا تجوز اما الكفالة فلالتزام المطالبة و
التزام الافعال يصح مضافا الى المآل كما في الصوم والصلاة ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على
فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك امانة لانه لا عقد حيث
وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني الف درهم وهلك
في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة
ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم
الشراء فيضمنه قال ويصح الرهن برأس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر لا يجوز
لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود ولنا
ان المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر
قال والرهن بالمبيع باطل لما بينا انه غير مضمون بنفسه فان هلك ذهب بغير شيء لانه
لا اعتبار للباطل فبقي قبضا باذنه وان هلك الرهن بثمن الصرف وراس مال السلم
في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لدينه لتحقق القبض حكما وان
افترقا قبل هلاك الرهن بطلا لفوات القبض حقيقة وحكما وان هلك الرهن بالمسلم
فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم
وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا براس المال حتى يحبسه لانه بدله فصار كالمغصوب

اذا اهلك فيه رهن به يكون رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام
المسلم فيه لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن
رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما
بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك
يهلك في يد المشتري يهلك بقيمته **قال** ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وام الولد لان
حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام
المانع في الباقين ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونها
لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن ولا
يجوز الرهن بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد الجاني والعبد المديون
المأذون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا باجرة النائحة والمغنية
حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه
من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمون
عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما
اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في حقهم اما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها و
ارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه عبدا او خلا
او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا او الخل خمرا او الشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه
بدين واجب ظاهرا وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر انه حر وهذا كله على
ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا ان لا دين فالرهن
مضمون وعن ابي يوسف خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه **قال** ويجوز للاب ان

يرهن بدين عليه عبدًا لابنه الصغير لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان
قيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونًا والوديعة تهلك امانة
والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لما بينا وعن ابي يوسف وزفر انه لا يجوز ذلك منهما وهو قياس عن ابي
حنيفة لانه لا يقابله وجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير
عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير المرتهن
مستوفيًا دينه لو هلك في يده ويصير الاب والوصي موفيًا له ويضمنه للصبي لانه قضى دينه بماله وكذا لو سلطا المرتهن على
بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا واصل هذه المسئلة البيع فان الاب او الوصي لو باع مال الصبي من غريم نفسه
جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة وكذا الوكيل بالبيع والرهن نظير البيع نظرًا
الى عاقبته من حيث وجوب الضمان وان رهنه الاب من نفسه او من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه
جاز لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا
العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من نفسه
او من هذين او رهن عينًا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض فالواحد
لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة
في حقه الحاقًا له بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة
الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم
بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في
الرهن لان له حكمًا واحدًا وان استدان الوصي لليتيم في كسوته
وطعامه فرهن به متاعًا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن
يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى

له التجارة بمثله المال اليتيم فلا يصلح مانعاً من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء واذا رهن
الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب ليس للابن ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازماً
من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الاب رهنه لنفسه
فقضاه الابن رجع به في مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير
الرهن وكذا اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضياً دينه بماله فله ان يرجع عليه ولو
رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين فان هلك ضمن
الاب حصته من ذلك للولد لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد اب
الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولو رهن الوصي متاعاً لليتيم في دين استدانه عليه وقبض
المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن وهلك من مال
اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هو الحكم في الاب
ما نبينه ان شاء الله تعالى والمال دين على الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي
لانه غير متعد في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه
متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعدما رهنه فاستعمله لحاجة
نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي
حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين ان كان قد حل فان كانت قيمته مثل الدين
اداه الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصاً
وان كانت قيمته اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم لان
المضمون عليه قدر القيمة لا غير وان كانت قيمة الرهن [illegible] الدين ادى قدر الدين الى المرتهن
والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم

غاية البيان

فتكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه ولو غصبه واستعمله
لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة
الصغير ليس بتعد وكذا اذا اخذه لان له ولاية الاخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الاقرار اذا اقر
الاب او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتحقق غصبه لما ان له ولاية الاخذ
فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن يأخذه بدينه ان كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير
لانه ليس بمتعد بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين يأخذ
دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل
والموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فان رهنت بجنسها فهلكت
هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن
القيمة من خلاف جنسه وتكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق
فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال رضي الله عنه معناه ان تكون قيمته مثل وزنه
او اكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار
القيمة وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا فان
كانت قيمته اقل من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن
لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف
الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة في الاموال
الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردي جائز كما اذا تجوز به وقد حصل
الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب

مطالب لان الانسان لا يضمن ملك نفسه وبتعذر التضمين يتعذر النقض فقيل هذه فريعة ما
اذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف غير ان البناء لا يصح على
ما هو المشهور لان محمدا فيها مع ابي حنيفة وفي هذا مع ابي يوسف والفرق لمحمد انه قبض
الزيوف ليستوفي من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي
من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد امكن عنده بالتضمين ولو انكسر الابريق ففي الوجه
الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي يوسف يجبر على الفكاك لانه
لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى ان
يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من
جنسه او خلاف جنسه ويكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد
ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه
لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا
فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة
ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة
اولى وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدة
من خلاف جنسه او رديئة من جنسه وتكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق اما عندهما
فظاهر وكذلك عند محمد لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة
وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه اثني عشر عند ابي حنيفة يضمن
جميع قيمته وتكون رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار
الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات

وحتى صار الاصل مضمونا استحسانا ان يكون التابع امانة وعنه ابى يوسف يضمن خمسة اسداس
قيمته وتكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان وسدسه مع القلب رهنا لا يبيع الرهن شائعا و
يكون مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا عنده تعتبر الجودة والرداءة وتجعل زيادة القيمة
كزيادة الوزن كان وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها وتعتبر عند المقابلة بخلاف
جنسها ونصه في المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فيمكن اعتبارها وبيانه قول محمد

نوع طول تعرف في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها **قال** ومن باع عبدا على ان يرهنه
المشترى شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع
على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه
ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع ووجه الاستحسان انه شرط ملائم
للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا
اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غائبا حتى
افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقى الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل
صح ولو امتنع المشترى عن تسليم الرهن لم يجبر عليه وقال زفر يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا
من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب
الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات ولكن البائع بالخيار ان شاء رضى بترك الرهن وان شاء
فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه وما رضى الا به فيتخير بفواته الا ان يدفع المشترى الثمن حالا
لحصول المقصود او يدفع قيمة الرهن رهنا لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى

وهو القيمة **قال** ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى
اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء

والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالة وقال زفر لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقضي بثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه بدينك او بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مده الى الاعطاء علم ان مراده الرهن

فصل ومن رهن عبدين بالف فقضى حصة احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين وحصة كل واحد منهما ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع في يد البائع فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذا الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له وجه الاول ان العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع وجه الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد لان احد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر الا يرى انه لو قبل الرهن في احدهما جاز

قال فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسا بكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند ابي حنيفة فان تهايآ فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر **قال** والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء مما يتجزى **قال** فان اعطى احدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع اذا ادى احد المشتريين حصته من الثمن **قال** وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن

رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع فان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت ببينته انه رهنه كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذاك في حالة واحدة ولا الى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولا يقال انه يكون رهنا لهما كانهما ارتهناه معا اذا جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كل واحد منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمد اخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له قال ولو مات الراهن والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا وهو قول ابي حنيفة ومحمد وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف لان الحبس للاستيفاء حكم اصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما في حالة الحيوة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة او ادعت اختان النكاح على رجل واقاموا البينة تهاترت في حالة الحيوة ويقضي بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام والله اعلم

باب الرهن الذي يوضع على يد العدل

قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ

لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق بعد القبض فكان له يد
على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون
هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل على المالك
في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع قال وليس للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه
منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك
احدهما ابطال حق الآخر فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن لان يده في حق المالية
يد المرتهن وهي المضمونة ولو دفع العدل الى الراهن او المرتهن ضمن لانه مودع الراهن في
حق العين ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما اجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى
الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع الى احدهما وقد استهلكه المدفوع اليه او
هلك في يده لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف لكن
يتفقان على ان ياخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما
يرفع احدهما الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعلا ذلك ثم قضى الراهن الدين فان ضمن العدل
القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن
فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فللراهن ان ياخذ
القيمة منه لان العين لو كانت قائمة في يده ياخذها اذا ادى الدين فكذلك ياخذ ما قام
مقامها ولا يجتمع فيه بين البدل والمبدل قال واذا وكل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما
ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة لانه توكيل ببيع ماله وان شرطت في عقد الرهن
فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار
وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به

حق المرتهن وفي العزل اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا

حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله فكذا

بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره وان مات

الراهن لم ينعزل لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم وقال

للوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه وان مات المرتهن

فالوكيل على وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه وان مات

الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان

الموكل رضي برأيه لا برأي غيره وعن ابي يوسف ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصي

كالمضارب اذا مات بعد ما صار رأس المال اعيانا يملك وصي المضارب بيعها لما انه لازم بعد ما صار اعيانا قلنا

الوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب وليس للمرتهن ان يبيعه

الا برضاء الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه وليس للراهن ان يبيعه الا برضاء المرتهن لان المرتهن احق بماليته

من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال فان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يده الرهن ان يبيعه و

الراهن غائب اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في لزومه وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى

ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الثاني وهو ان فيه اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل

يبيع بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه فلو

لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده فقيل لا يجبر اعتبارا للوجه

الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف ان

الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الاصل واذا باع العدل

الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام

ما كان مقبوضا واذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون و
كذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان
بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع
به لانه قائم مقام الاول لحما ودما قال فان باع العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق
الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن
الذي اعطاه وليس له ان يضمنه غيره وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون
هالكا او قائما ففي الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته لانه غاصب في حقه
وان شاء ضمن العدل لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح
الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه امره ببيع ملك نفسه وان ضمن العدل نفذ
البيع ايضا لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه واذا ضمن العدل فالعدل
بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من
العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وان شاء رجع على
المرتهن بالثمن لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ
بيعه عليه فصار الثمن له وانما اداه اليه على حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم
يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن
بدينه وفي الوجه الثاني وهو ان يكون قائما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه من يده
لانه وجد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فتتعلق به حقوق
العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل
بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله في العهدة فيجب عليه تخليصه

واذا رجع عليه بقيمة المرهون لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض
العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه
عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع
على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فبقي الرجوع على الموكل قالوا هذا اذا
كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على
الراهن قبض الثمن المرتهن او لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما في الوكالة
المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على
المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه
قال رضي الله عنه هكذا ذكر الكرخي وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع

قال وان مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن
الراهن وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم او بالقبض
فان ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء وان ضمن
المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة
الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار
الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه
فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن ابي حازم القاضي والجواب عنه انه يرجع عليه
بسبب الغرور او بالتسليم بما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن اليه كانه وكيل عنه والملك بهذين يثبت
ذلك متاخرا عن عقد الرهن غير مستند بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن
فيستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام في كفاية المنتهى والله اعلم بالصواب

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن
فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله تنفذ على اجازة الورثة
فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه
وان قضاه الراهن دينه جاز ايضا لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف
الصادر من الاهل في المحل واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان
حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون اذا بيع برضاء الغرماء ينتقل
حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط راسا فكذا هذا وان لم يجز المرتهن البيع
وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن
بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه
لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا
العقد فبقي موقوفا فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال
وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى
القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق العبد المشترى قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك
هذا ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف
ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني
جاز الثاني ولو باع الراهن ثم آجر او وهب او رهن من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز
البيع الاول والفرق ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق
فائدته به اما لا حق له في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل

٤٤٣

المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجارته اسقاطا لحقه وال

المانع فنفذ البيع الاول وهو الموقوف قال ولو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض

اقوال الشافعي لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع

بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ في بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين بخلاف

اعتاق المستاجر لان الاجارة تبقى مدتها اذ الحر يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب

اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشترى قبل القبض او

اعتق الآبق او المغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن لا ينبئ عن

زواله ثم اذا زال الملك في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق العبد

المشترك بل اولى لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بالطريق الاولى

وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو

بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة وإذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله ثم بعد

ذلك ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب باداء الدين لانه لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة

بقدر الدين فلا فائدة فيه وان كان الدين مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا

مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فاذا حل الدين اقتضاه بحقه

اذا كان من جنس حقه ورد الفضل وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين الا اذا

كان بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الى عين حقه من جهة المعتق يرجع الى من ينتفع

بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضي الله عنه وتاويله اذا كانت القيمة اقل من الدين

اما اذا كان الدين اقل نذكره ان شاء الله تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه قضى

دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق

لا يعود ضامنا لما عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وهنا يسعى في
ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم ابو حنيفة رح اوجب السعاية في المستسعى المشترك
في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للراهن حق الملك وانه
ادنى من حقيقته الثابتة للشريك الساكت فوجبت السعاية هنا في حالة واحدة اظهارا
لنقصان رتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الا رواية عن
ابي يوسف والمعني من يسعى لان حق البائع في الحبس اضعف لان البائع لا يملكه في الاحوال
ولا يستوفى من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه
ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يتمكن من الاسترداد فلو اوجبنا السعاية فيهما
لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له رهنتك عند فلان
وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر وهو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن
نقول اقر بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه
حال انقطاع الولاية ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا فظاهر وكذا عنده
لان التدبير لا يمنع البيع على اصله ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق
لانه يصح بادنى الحقين وهو ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى واذا صحا خرجا من الرهن لبطلان
المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي
ذكرناه في الاعتاق وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وام الولد في جميع الدين لان
كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان
كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا
تلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما ادياه من مال المولى والمعتق

يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر فيه على ما مر قبيل الدين اذا كان موجلا يسعى للدين في قيمته
لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى به
الدين ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية او لم يقض حتى يسعى الا بقدر القيمة لان
كسبه بعد العتق ملكه وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى **قال** و
كذلك لو استهلك الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد
المرتهن لقيامه مقام العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فياخذ
القيمة وتكون رهنا في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه و
الواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم
رهن الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة
كانها هلكت بآفة والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق
مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين
موجل غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل الدين لان الضمان بدل
العين فاخذ حكمه واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه جنس
حقه ثم ان كان فيه فضل يرده على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن وان نقصت
عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك
خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر
قيمته يوم القبض وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه في قيمته الباقي بالاتلاف وهو
يوم اتلف **قال** واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج
من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن فان هلك في يد الراهن هلك

بغير شيء لعوات القبض المضمون والمرتهن ان يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان
في الحال الا ترى انه لو هلك الراهن قبل ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق به من سائر
الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل
حال الا ترى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا عاد عقد الرهن

فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته وكذلك لو اعاره احدهما اجنبيا
باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل واحد منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد
حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي اذا باشره احدهما باذن الآخر
حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون
المرتهن اسوة للغرماء لانه قد تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن اما
بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل

به فهلك قبل ان ياخذ في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن وكذا اذا هلك

بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت

يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اذن الراهن المرتهن

بالاستعمال لما بيناه ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل او كثير فهو جائز
لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين
وله ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا في حق البائع
والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة ولو عين

قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة
لان غرضه الاحتباس بما يتيسر اداؤه وينفي النقصان ايضا لان غرضه ان يصير

مستوفياً الاكثر بهلاكه عند الهلاك ليرجع عليه وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد

لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالنسبة الى البعض وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ

واذا خالف كان ضامناً ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين

المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن ويرجع

المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن وقد بيناه في الاستحقاق وان وافق بان رهنه بمقدار

ما امره به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك عند المرتهن بطل المال عن الراهن لتمام

الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لانه صار قاضياً دينه بماله بهذا القدر

وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاه وكذلك ان اصابه عيب ذهب

من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه وان كانت قيمته اقل

من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على القيمة

وعلى الراهن قيمته لصاحب الثوب لانه صار موفياً بمقداره ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير

ان يفتكه جبراً عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع لانه غير متبرع حيث

يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبي

اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب

ان لا يقبله ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان

عليه لانه لا يصير قاضياً منه وهو الموجب على ما بينا ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن

لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في حالتين كما اذا اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به

فالقول للمعير لان القول قوله في انكار اصله فكذا في انكار وصفه ولو رهنه المستعير بدين

موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة

سواء ضمن قدر الوعاء المسمى لما بينا انه كالموجر ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة
مالية الرهن بالاستيفاء من الرهن كسلامته ببراءة ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا
فاعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على
الراهن لانه لم يستوفه وان شاء ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته برهنا
وقد اتلفه بالاعتاق وتكون رهنا عنده الى ان يقبض دينه فيردها الى المعير لان
ازدياد القيمة كاسترداد العين ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم
العبد او ركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال
فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ من الضمان
حين رهنهما فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذا اذا افتك الرهن ثم ركب الدابة
او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن لانه بعد الفكاك
بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان
هذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا بد من الوصول الى يد المالك اما المستعير في الرهن فحصل
مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء **قال** وجناية الراهن
على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك
كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما
وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد يخدمه
مقامه **قال** وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه ان يكون الضمان على
صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه **قال** و
جناية الرهن على الراهن وعلى المرتهن وعلى مالهما هدر عند ابي حنيفة وقالا جنايته

على الراهن معتبرة والواجب بالجناية على النفس ما يوجب المال اما الموجبة للقود فلانها جناية المملوك على المالك الا ترى انه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لان المالك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فتعتبر ولهما في الخلافية ان الجناية حصلت على غير مالكه وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فتعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتبارها لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة اكثر من الدين فعن ابي حنيفة رح انه تعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه انها لا تعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي

قال ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شيء من

الدين بنقصان السعر فهو مرهون بكل الدين فان قتله حر غرم قيمته مائة لان المعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت واخذ المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان الولي استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء لان يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا للكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربوا قال وان كان امر الراهن ان يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذا هذا قال وان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر يصير رهنا بمائة له ان يد الرهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا على زفر ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه ولمحمد في الخيار ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرناه مع زوره وعين الرهن

امانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير عوض ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه
منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه حكم الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باداء
الضمان مشروع ولو كان العبد لم ينقص سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة

فدفع به فهو على هذا الخلاف قال واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن و

ليس للمرتهن ان يدفع لانه لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن

بشيء من الفداء لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو ابى المرتهن ان

يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية لان الملك في الرقبة قائم له وانما الى المرتهن

الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير

بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار

كالهلاك وكذلك ان فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء

بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع او الفداء في

الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما

لو هلك في الابتداء وان فدى فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون

مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء

وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختار ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما

ذكرنا في الفداء وان لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد

مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى فان فضل شيء ودين غريم

العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت لمعنى هو

في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد

وما فضل من دين العبد يبقى فيها كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه و
ان كان لم يحل امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع
بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد
استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله
وان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افدياه لان النصف منه
مضمون والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان اجمعا
على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الجناية من المرتهن لما بيناه و
انما منه الرضى به فان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي راهنا كان او مرتهنا اما المرتهن
فلانه ليس في الفداء ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن
وكذا في جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن انا افدي له ذلك وان كان المالك حاضرا
لانه ان لم يكن مضمونا هو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن
فكان له ان يفدي واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون
المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا يختاره
فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا وهذا على ما روي عن ابي حنيفة و
انه لا يرجع مع الحضور وسنبين القولين ان شاء الله تعالى ولو ابى المرتهن ان يفديه وفداه
الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه لان سقوط الدين امر لازم فدى او
دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل
الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء
في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا

بدينه كانه اوفى نصفه فبقي العبد رهنا بما بقي ولو كان المرتهن فداه والراهن حاضر فهو
متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد والحسن
وزفر المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبي وله انه اذا كان
الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن
غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح
الامانة فلا يكون متبرعا قال واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصي قائم
مقامه ولو تولى الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا لوصيه وان لم يكن
له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن
النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره وان كان
على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين ان يردوه
لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم قبل ان
يردوه جاز لزوال المانع لوصول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا
بالايفاء الحقيقي وبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصي بدين
للميت على رجل جاز لانه استيفاء وهو يملكه قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات
نذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى **فصل** ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة
فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون
محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء
حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف
المبيع بمنزلة ما اذا تعيب ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار

يساوي درهماً فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا احيى بعض المحل يعود حكمه بقدره
بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع
ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه ومن
مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع قال ونماء الرهن للراهن وهو مثل
الولد والثمر واللبن والصوف لانه متولد من ملكه ويكون رهناً مع الاصل لانه تبع له و
الرهن حق لازم فيسري اليه فان هلك هلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل
بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصوداً اذ اللفظ لا يتناولها وان هلك الاصل وبقي النماء
افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك لان
الرهن يصير مضموناً بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع
يقابله شيء اذا صار مقصوداً كولد المبيع فما اصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل
مقصوداً وما اصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا
بعضها في كفاية المنتهى وتمامه في الجامع والزيادات ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة
وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في
شيء من ذلك لان الاباحة يصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فيصح
مع الخطر ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في
يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط
وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن
والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن اخذه واتلفه فكان مضموناً عليه
فيكون له حصته من الدين فبقي بحصته وكذلك ولد الشاة اذا اذن له الراهن في اكله

وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس قال وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين
عند ابي حنيفة ومحمد ولا يصير الرهن رهنا بها وقال ابو يوسف تجوز الزيادة في الدين ايضا و
قال زفر والشافعي لا تجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر و
المنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع ولابي يوسف في الخلافية الاخرى ان
الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع
بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب
الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة
الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وان كان الدين الفا وهذا
شيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه
ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق باصل العقد
في بدلي العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن و
تسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم
قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض الفا
والدين الفا يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا
بقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر
قيمة كل واحد منهما وقت القبض واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد
عبدا وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد
الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون الام ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين
على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى

۴۴۷

ولدها لان الزيادة دخلت على الاصل قال فان رهن عبدا يساوى الفا بالف ثم اعطاه عبدا اخر قيمته

الف رهنا مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن فى الاخر امين حتى يجعله مكان الاول لان الاول انما دخل فى ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقى الاول فى ضمانه لا يدخل الثانى فى ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثانى فى ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثانى يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على اخر جياد فقبض زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد امانة فى يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين قال ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن فى يد المرتهن يهلك بغير شىء استحسانا خلافا لزفر لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما فى الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء او الهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا اذ لم يبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فابرأته او وهبته او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن فى يدها يهلك بغير شىء فى هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما فى الابراء ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن فى يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو فى نفسه فقائم فاذا

هلاك يتقرر الاستيفاء الاول وينتقض الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين ثم استحقه وكذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة وهلاك بالدين كانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يتعلق به غرض المحيل مثل ما كان له على المحال عليه او ما وجب عليه به ان لم يكن للمحيل على المحال عليه دين ذمته له او كيل وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على مثله فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء والله اعلم

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطاء وما اجري مجرى الخطاء والقتل بسبب والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام قال فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الآية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع الامة قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك قال الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضا القاتل وهو احد قولي الشافعي الا ان له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب ورويناه من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة

والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجراً وجبراً فيتعين وفي الخطاء وجوب المال
ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعاً
للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي رح تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها
اليه في الخطاء فكان ادعى الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط
بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى
ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل قال وشبه العمد عند

ابي حنيفة رح ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجري مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد رح و

هو قول الشافعي رح اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما
لا يقتل به غالباً لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالباً لما انه
يقصد بها غيره كالتاديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه
لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمداً موجباً للقود ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد
قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة
فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالباً فقصرت العمدية نظراً

الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قال وموجب ذلك على القولين الاثم
لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطاء والدية مغلظة على العاقلة والاصل
ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتباراً بالخطاء وتجب في
ثلاث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضي الله عنه وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ
من بعد ان شاء الله تعالى ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في
سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك رح وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه

ما اسلفناه قال والخطاء على نوعين خطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا
فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا
وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة
الى اهله الآية وهي على عاقلته في ثلاث سنين لما بيناه ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا
المراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت
في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث لانه قاتل فيصح
تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فاخطأ فاصاب موضعا آخر فمات
حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد
قال وما اجري مجرى الخطاء مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطاء في الشرع
واما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا تلف فيه آدمي الدية
على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فنزل موقعا دافعا ووجبت الدية ولا كفارة
فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي رح يلحق بالخطاء في احكامه لان الشرع انزله
قاتلا ولنا ان القتل معدوم منه حقيقة فالحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل
وهو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه الكفارة ذنب القتل
وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها لان اتلاف
النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بآلة دون آلة والله اعلم

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمدا اما العمدية فلما بيناه
حقن الدم على التأبيد فلتنتفي شبهة الاباحة وتتحقق المساواة قال ويقتل الحر بالحر

بالعبد للعمومات وقال الشافعي رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل حر بعبد ولأن مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يستويان وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه قال ويقتل المسلم بالذمي خلافا للشافعي رحمه الله له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قتل مسلما بذمي ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة قال ولا يقتل المسلم بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التأبيد وكذلك كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل قال ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال والنساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب او الام قربت او بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال ولا يقتل الرجل

ولا مدبرة ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده

عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى قال ومن ورث قصاصا على ابيه

سقط لحرمة الابوة قال ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وقال الشافعي يفعل به مثل

ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات والا تحز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عليه السلام

لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما

فعل فيحز فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم قال واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى

وترك وفاء فله القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا ارى في هذا قصاصا

لانه اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا وصار كمن قال

لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها لاختلاف السبب كذا

هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف

السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك المسئلة لان

حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا

مع المولى لانه اشتبه من له الحق لانه للمولى ان مات عبدا وللوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين

الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف الاولى لان المولى متعين فيها

وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب

لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ

بالعجز واذا قتل عبد الرهن في يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان

المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما

ليسقط حق المرتهن برضاه قال واذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل لانه من الولاية على النفس

شرعا لامر راجع اليها وهو التشفي فيليه كالانكاح وله ان يصالح لانه انظر في حق
المعتوه وليس له ان يعفو لان فيه ابطال حقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا لما ذكرنا
والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من
قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فانه
لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس باعتياض
عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور ههنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب
بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان
الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو اولى وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف
كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك
بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف
في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى ان من قتل
ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه **قال** ومن قتل وله اولياء صغار و
كبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة رح وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار
لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل
ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين احدهما غائب او كان بين المولين
وله انه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع
فيثبت لكل واحد كملا كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت
ومسألة المولين ممنوعة **قال** ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد قتل
به وان اصابه بالعود فعليه الدية قال رضي الله عنه وهذا اذا اصابه بحد الحديد لوجود

الجرح فكمل السبب وان اصابه بظهره لا يجب عندهما وهو رواية عن ابی حنيفة رح اعتبارا
منه للآلة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وعلى
هذا الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضربه بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة
وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل و
فيه خلاف ابی حنيفة رح على ما نبين وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعی رح وهی مسئلة
الموالاة له ان الموالاة فی الضربات الى ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا
الا ان قتيل خطأ العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان
الموالاة قد تستعمل للتاديب او لعله اعتراه القصد فی خلال الضربات فيعرى اول الفعل عنه
وعساه اصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية قال ومن غرق صبيا او
بالغا فی البحر فلا قصاص عند ابی حنيفة وقالا يقتص منه وهو قول الشافعی رح غير ان
عندهما يستوفی حزا وعنده يغرق كما بيناه من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه
ولان الآلة قاتلة فاستعمالها امارة العمدية ولا مرية فی العصمة وله قوله عليه السلام الا ان قتيل
خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفی كل خطأ ارش ولان الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة
فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه يقال
اقتص اثره ومنه المقصة للجلمين ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثانی عن تخريب الظاهر
وكذا لا يتماثلان فی حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع
او هو محمول على السياسة وقد اومأت اليه اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص
وجبت الدية وهی على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين فی الكفارة قال ومن جرح رجلا
عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه

فی الظاهر فاضیف الیه قال واذا التقی الصفان من المسلمین والمشرکین فقتل مسلم مسلماً ظن انه مشرک فلا قود علیه وعلیه الکفارة لان هذا احد نوعی الخطاء علی ما بیناه والخطاء بنوعیه لا یوجب القود ویوجب الکفارة وکذا الدیة علی ما نطق به نص الکتاب لما اختلف سیوف المسلمین علی الیمان ابی حذیفة رضی قضی رسول الله علیه السلام بالدیة قالوا انما تجب الدیة اذا کانوا مختلطین فان کان فی صف المشرکین لا تجب لسقوط عصمته بتکثیر سوادهم قال علیه السلام من کثر سواد قوم فهو منهم قال ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته حیة فمات من ذلک کله فعلی الاجنبی ثلث الدیة لان فعل الاسد والحیة جنس واحد لکونه هدراً فی الدنیا والآخرة وفعله بنفسه هدر فی الدنیا معتبر فی الآخرة حتی یأثم علیه وفی النوادر ان عند ابی حنیفة ومحمد رح یغسل ویصلی علیه وعند ابی یوسف یغسل ولا یصلی علیه وفی شرح السیر الکبیر ذکر فی الصلوة علیه اختلاف المشائخ علی ما کتبناه فی کتاب التجنیس والمزید فلم یکن هدراً مطلقاً وکان جنساً آخر وفعل الاجنبی معتبر فی الدنیا والآخرة فصارت ثلاثة اجناس فکان النفس تلفت بثلاثة افعال فیکون التالف بفعل کل واحد ثلثه فیجب علیه ثلث الدیة والله اعلم

فصل

قال ومن شهر علی المسلمین سیفاً فعلیهم ان یقتلوه لقوله علیه السلام من شهر علی المسلمین سیفاً فقد احل دمه ولانه باغ فتسقط عصمته ببغیه ولانه تعین طریقاً لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعلیهم یشیر الی الوجوب والمعنی وجوب دفع الضرر وفی الجامع الصغیر من شهر علی رجل سلاحاً لیلاً او نهاراً او شهر علیه عصاً لیلاً فی مصر او نهاراً فی طریق فی غیر مصر فقتله المشهور علیه عمداً فلا شئ علیه لما بینا وهذا لان السلاح لا یلبث فیحتاج الی دفعه بالقتل والعصا الصغیرة وان کان یلبث ولکن فی اللیل لا یلحقه

الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا قالوا فان كان عصا لا تلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما قال وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي انه قتله دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله بفعله فاشبه المكره ولابي يوسف ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققا يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما او اتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه به ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص معناه اذا ضربه به فانصرف لانه خرج من ان يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال ومن دخل عليه غيره ليلا واخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وتاويل المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل والله اعلم

باب القصاص فيما دون النفس

قال ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من اليد المقطوعة لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص

عـه لما فرغ من بيان القصاص في النفس اتبعه بما هو تبيع لها وهو القصاص في الطرف ١٢

٤٥٧

د ما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة
اليد لا تختلف بذلك وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية المماثلة **قال** ومن
ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص عليه لامتناع المماثلة في القلع وان كانت قائمة فذهب
ضوؤها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال في الكتاب تحمى له المرآة ويجعل على وجهه
قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضي الله
عنهم **قال** وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن وان كان سن من يقتص منه اكبر
من سن الآخر لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر **قال** وفي كل شجة تتحقق فيها المماثلة
القصاص لما تلوناه **قال** ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر رضي الله عنه
وابن مسعود رضي الله عنه وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن ولان اعتبار
المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد ولو
قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان **قال** وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او
خطأ لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس
لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون
النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافا للشافعي في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف
العبد ويعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك
الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فامكن اعتباره
بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله وبخلاف الانفس لان المتلف ازهاق الروح
ولا تفاوت فيه ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في الارش **قال** ومن قطع
يد رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار

المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا البرء نادر فيفضى الثانى الى الهلاك ظاهرا

قال واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شئ له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كملا متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلى اذا انصرم عن ايدى الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصا فقد رضى به فيسقط حقه كما اذا رضى بالردى مكان الجيد ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجنى عليه او قطعت ظلما فلا شئ له عندنا لان حقه متعين فى القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى

قال ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهى لا تستوعب ما بين قرنى الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من اى الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش لان الشجة موجبة لكونها مشينة فقط فيزداد الشين بزيادتها وفى استيفائه ما بين قرنى الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير كما فى الشلاء والصحيحة وفى عكسه يخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدى الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة فى طول الراس وهى تأخذ من جبهته الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف

قال ولا قصاص فى اللسان ولا فى الذكر وعن ابى يوسف انه اذا قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة الا ان تقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة

والشفة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع
بعضها لانه يتعذر اعتبارها

فصل

قال واذا اصطلح القاتل واولياء القتيل على مال
سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية على
ما قيل نزلت الآية في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد والله اعلم الاخذ
بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا
تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه
سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا
مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية

لانها ما وجبت بالعقد قال وان كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان

يصالح عن دمهما على الف درهم ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان لان عقد الصلح

اضيف اليهما واذا عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق

الباقين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص حق جميع
الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة و
هي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم
الضبابي من عقل زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن
ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما
في حق الارث او يثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم
يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص
سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب

هنالك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما واذا سقط
القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع بمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي شيء
من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين وقال
زفر رح يجب في سنتين فيما اذا كان بين الشريكين وعفا احدهما لان الواجب نصف الدية ثم يعتبر
بما اذا قطعت يده خطأ ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلاث سنين فكذلك
بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد
قال واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تمالأ عليه
اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء
فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء
لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين وقال الشافعي رح يقتل بالاول
منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم
وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في
حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انه عرف بالشرع ولنا ان كل واحد
منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص
ولانه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزى
ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفي به قال
ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت
العبد الجاني ويتأتى فيه خلاف الشافعي رح اذ الواجب احدهما عنده قال واذا قطع رجلان
يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي رح يقطع

يداهما والمعترض اذا اخذ سكينا وامرّاه على يده حتى انقطعت لان الاعتبار بالنفس والايدى تابعة لها فاخذت حكمها او يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجزّ فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الانزهاق لا يتجزّى ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل فى حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها

وان قطع واحد يمينى رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده وياخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعى رح فى التعاقب يقطع بالاول وفى القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثانى كالرهن بعد الرهن وفى القران اليد الواحدة لا تفى بالحقين فترجح بالقرعة ولنا انهما استويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى حكمه كالغريمين فى التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافى فلا يظهر الا فى حق الاستيفاء اما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثانى بخلاف الرهن لان الحق ثابت فى المحل وصار كما اذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب فتستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفى لثبوت حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر فى الدية لانه اوفى به حقا مستحقا قال واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر رح لا يصح اقراره لانه يلاقى حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية فى حق الدم عملا بالآدمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثانى على عاقلته لان الاول

عمد والثاني احد نوعي الخطأ كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر

فصل

ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ او قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يوخذ بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع واكتفي بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر او لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدرا من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القطع والقتل قصاصا فيجتمعان قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة رح وعن ابي يوسف

في مثله حكومة عدل وعن محمد رح انه يجب اجرة الطبيب وان ضرب رجلا مائة سوط و
جرحته وبقي له اثر تجب حكومة العدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس

قال ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية
في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان
كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا عفا
عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الخلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس و
مات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر او القتل اذا سرى
فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر
فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية
السارية والمقتصرة كذا هذا وله ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة
والعفو لم يتناوله بعينه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع
قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو
الموجب للعمد الا ان في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة
للقود ولا نسلم ان الساري نوع من القطع وان السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء
وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم
جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل
ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا واكتفى بذلك
اطلاقه الا انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد
القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ

فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث قال وإذا قطعت المرأة يد رجل

فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية إن كان خطأ وإن كان عمدا ففي مالها وهذا عند أبي حنيفة رح لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع إذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لأن التزوج وإن كان يتضمن العفو على ما نبين إن شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة وإذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية وتجب في مالها لأنه عمد والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة إن كانا على السواء وإن كان في الدية فضل ترده على الورثة وإن كان في المهر فضل ترده الورثة عليها وإذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على أرش اليد وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما إذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لأن الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها

قال ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمدا فلها مهر مثلها لأن هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما إذا تزوجها على خمر أو خنزير ولا شيء عليها لأنه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط أصلا كما إذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالا فإنه يسقط أصلا وإن كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية لأن هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا إلا أنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لأنه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الأصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لأنه محاباة فتكون

وصيةً ويُرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال ان ترجع عليهم بموجب جنايتها
وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لما انهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث
تسقط وان لم تخرج يسقط ثلثه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على
اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال ومن قطعت

يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية كانت قتل
عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود اذا استوفى طرف
من عليه القصاص وعن ابي يوسف رحمه الله انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع
فقد ابرأه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين

انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا

وقد قضى له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء
عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائها ولهذا
لو لم يعف لا يضمنه فكذا اذا سرى وما برء وما عفا وما سرى او قطع ثم حز رقبته قبل البرء او بعده
وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله انه استوفى
غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس ان تجب القصاص الا انه سقط
للشبهة فان له ان يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا
بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص في النفس ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو
او الاعتياض لما انه تصرف فيه وما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه
استيفاء واما اذا لم يعف وما سرى قلنا انما يتبين كونه قطعا بغير حق بالعفو ولو
قطع وما عفا وبرء الصحيح انه على هذا الخلاف واذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء

ولو حز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة فيما اذا كان الكف فالكف تابعة طلقا بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه قال ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح افضى الى فوات الحيوة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهدا به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيره منها والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد

باب الشهادة في القتل

قال ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعيد وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على آخر لهما في الخلافية ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ويسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين وله ان القصاص طريقه طريق الخلافة دون الوراثة الا ترى ان ملك القصاص يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة فتعقل بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين

فيعيد البينة بعد حضوره فإن كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم
ويسقط القصاص لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص إلى مال ولا يمكنه إثباته إلا
بإثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذلك عبد بين رجلين
قتل عمدا وأحد الرجلين غائب فهو على هذا لما بيناه **قال** فإن كانت الأولياء ثلاثة
فشهد اثنان منهم على الآخر أنه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما لأنهما يجران
بشهادتهما إلى أنفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا فإن صدقهما القاتل فالدية بينهم
أثلاثا معناه إذا صدقهما وحده لأنه لما صدقهما فقد أقر بثلثي الدية لهما فيصح إقراره
إلا أنه ادعى سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه وإن كذبهما
فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية معناه إذا كذبهما القاتل أيضا وهذا لأنهما أقرا على
أنفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل إلا بحجة وينقلب
نصيب المشهود عليه مالا لأن دعواهما العفو عليه وهو منكر بمنزلة ابتداء العفو منهما
في حق المشهود عليه لأن سقوط القود مضاف إليهما وإن صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل
ثلث الدية للمشهود عليه لإقراره له بذلك **قال** وإذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل صاحب
فراش حتى مات فعليه القود إذا كان عمدا لأن الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك
القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لأن الموت بسبب الضرب
إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشيء
جارح **قال** وإذا اختلف شاهدا القتل في الأيام أو في البلد أو في الذي كان به القتل فهو باطل
لأن القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان أو في مكان غير القتل في زمان ومكان آخر والقتل
بالعصا غير القتل بالسلاح لأن الثاني عمد والأول شبه العمد ويختلف أحكامهما فكان على كل

قبل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر لا ادري بأي شيء قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد قال وان شهدا انه قتله وقالا لا ندري بأي شيء قتله ففيه الدية استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه واؤلوا كذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد باطلاقه في اصلاح ذات البين وكذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة قال واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان شهدوا على رجل انه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله فقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له وفي الثاني من المشهود له غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب في اعتبار حالة القتل

قال ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل

الموت والفعل وان كان عمدًا فالقود سقط للشبهة ووجب الدية ولو رمى اليه وهو

مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شئ عليه في قولهم جميعًا وكذا اذا رمى حربيًا فاسلم لان

الرمي ما انعقد موجبًا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبًا لصيرورته متقومًا

بعد ذلك قال وان رمى عبدًا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى

عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقول

ابي يوسف رح مع قول ابي حنيفة رح له ان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي

وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه

يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته بخلاف القطع

والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى بعد السراية لو وجب شئ لوجب للعبد فتصير النهاية

مخالفة للبداية اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ لانه لا اثر له في المحل وانما قلت الرغبات

فيه فلا يجب به ضمان فلا تخالف النهاية والبداية فيجب قيمته للمولى وزفر رح ان كان

يخالفنا في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه قال ومن قضى

عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به السهم فلا شئ على الرامي لان المعتبر

حالة الرمي وهو مباح الدم فيها واذا رمى المجوسي صيدًا ثم اسلم ثم وقعت الرمية بالصيد

لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله اكل لان المعتبر حال الرمي في حق الحل

والحرمة اذ الرمي هو الذكوة فتعتبر الاهلية وانسلابها عنده ولو رمى المحرم صيدًا

ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدًا ثم احرم فلا شئ

عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم

وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا والله اعلم بالصواب

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء او لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزئه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزئ ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته قال وهو الكفارة في الخطأ لما تلونا ودية شبه العمد عند ابي حنيفة وابي يوسف مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي اثلاثا ثلاثون جذعة وثلاثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها وعن عمر رض ثلاثون حقة وثلاثون جذعة ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وما روياه غير ثابت لاختلاف الصحابة رض في صفة التغليظ وابن مسعود رض قال بالتغليظ ارباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به قال ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم تتغلظ لما قلنا قال وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما بينا من قبل قال والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رض وانما اخذنا نحن والشافعي به لروايته ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في

قتيل قتل خطأ أخماسا على نحو ما قال إلا أن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطأ لأن الخاطئ معذور وعند الشافعي رح يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما روينا

قال ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعي من الورق اثنا عشر ألفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بذلك ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وتأويل ما روي أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك

قال ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رح وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لأن عمر رضي الله عنه هكذا جعل على أهل كل مال منها وله أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الأشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما

قال ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله عنه ومرفوعا إلى النبي عليه السلام وقال الشافعي رح ما دون الثلث لا يتنصف وإمامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما روينا بعمومه ولأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل وقد ظهر أثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه

قال ودية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي رح دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم وقال مالك رح دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده

اثنا عشر الفا وللشافعي ما روي ان النبي عليه السلام جعل دية النصراني واليهودي اربعة
الاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم ولنا قوله عليه السلام دية كل ذي عهد
في عهده الف دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه الشافعي لم يعرف
راويه ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه مالك فانه ظهر به عمل الصحابة
رضي الله عنهم

فصل فيما دون النفس

قال في النفس الدية وقد ذكرناه قال وفي
المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب
رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية
وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عليه السلام لعمرو بن حزم رضي الله عنه
والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الآدمي على
الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي
اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا
ينسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن
او الارنبة لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا
اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة
مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم على عدد الحروف
وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب وقيل ان قدر على اداء اكثرها تجب
حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه
لا تحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الوطي والايلاد واستمساك البول
والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان

الحشفة اصل فى منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال وفى العقل اذا ذهب
بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه فى معاشه ومعاده وكذا اذا ذهب
سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روى ان عمر رضى الله
عنه قضى باربع ديات فى ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال وفى اللحية
اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه يفوت به منفعة الجمال قال وفى شعر الراس الدية لما
قلنا وقال مالك وهو قول الشافعى تجب فيهما حكومة عدل لان ذلك زيادة فى الآدمى ولهذا
يحلق شعر الراس كله واللحية بعضها فى بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا
يجب فى شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية فى وقتها جمال وفى حلقها تفويته على الكمال
فتجب الدية كما فى الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الراس جمال الا ترى ان من عدمه خلقة
يتكلف فى ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به جمال واما لحية العبد
فعن ابى حنيفة رح انه يجب فيها كمال القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود بالعبد المنفعة
بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال وفى الشارب حكومة عدل هو الاصح لانه تابع
للحية فصار كبعض اطرافها ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شئ فى
حلقه لان وجوده يشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا
لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه
ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب
شئ لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان نبتت بيضاء فعن ابى حنيفة
انه لا يجب شئ فى الحر لانه يزيد جمالا وفى العبد تجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته و
عندهما تجب حكومة عدل لانه فى غير اوانه يشينه ولا يزينه ويستوى العمد والخطأ على هذا

الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي رحمهما الله
تجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية قال وفي العينين الدية وفي اليدين الدية
وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية كذا روي
في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال وفي كل واحد
من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمرو بن حزم وفي العينين
الدية وفي احدهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس
المنفعة او كمال الجمال فيجب كل الدية وفي تفويت احدهما تفويت النصف فيجب نصف
الدية قال وفي ثديي المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي احدهما نصف
دية المرأة لما بينا بخلاف ثديي الرجل حيث تجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة
والجمال وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن وفي احدهما
نصفها لما بيناه قال وفي اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية قال رضي الله عنه
يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما ذكره محمد رح في الاصل للمجاورة كالراوية للقربة وهي
حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع
الاذى والقذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي اربعة
كان في احدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة ارباعها ويحتمل ان يكون مراده منبت
الشعر والحكم فيه هكذا ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل كشيء واحد
وصار كالمارن مع القصبة قال وفي كل اصبع من اصابع اليدين والرجلين عشر الدية لقوله
عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه
دية كاملة وهي عشر فتقسم الدية عليها قال والاصابع كلها سواء لاطلاق الحديث

ولأنها سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا أصابع الرجلين لأنه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة وفيهما عشر أصابع فتنقسم الدية عليها أعشارا قال وفي كل أصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي أحدها ثلث دية الأصبع وما فيها مفصلان ففي أحدهما نصف دية الأصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع قال وفي كل سن خمس من الإبل لقوله عليه السلام في حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الإبل والأسنان والأضراس سواء لإطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات والأسنان كلها سواء ولأن كلها في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالأيدي والأصابع وهذا إذا كان خطأ فإن كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات قال ومن ضرب عضوا فأذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت والعين إذا ذهب ضوءها لأن المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا لو أحدب لأنه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن أثر

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد أي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم والسمحاق وهي التي تصل إلى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس والموضحة وهي التي توضح العظم أي تبينه والهاشمة وهي التي تهشم العظم أي تكسره والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوله والآمة وهي التي تصل إلى أم الرأس وهو الذي فيه الدماغ قال ففي الموضحة القصاص إن كانت عمدا لما روي أنه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولأنه يمكن أن ينتهي السكين إلى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص قال ولا قصاص في بقية الشجاج لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لأنه لا حد ينتهي

النيشكين الية وللت فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذه رواية عن ابي حنيفة رح

وقال محمد رح في الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة

فيها اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة

بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص قال وفيما دون

الموضحة حكومة العدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم

العدل وهو ماثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز رح قال وفي الموضحة ان كانت خطأ نصف

عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الآمة

ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية

لما روي في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال في الموضحة خمس من الابل

وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية وقال

عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب

الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احدهما من جانب البطن و

الاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية

وعن محمد رح انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما

ذكرناه بدأ مروي عن ابي يوسف رح وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة

اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة

مفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان في غير الوجه والرأس

يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها ارش

مقدر وانما تجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه

انما ورد الحكم فيهما لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك رحمه الله حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الراس وجوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي رحمه الله ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه

فصل وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عليه السلام وفي اليدين الدية وفي احداهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع **قال** وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية

وان كان اصبعان فالخمس ولا شئ فى الكف وهذا عند ابى حنيفة رح وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل فى الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شئ واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها واوجب الشرع فى اصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب

ولو كان فى الكف ثلاثة اصابع يجب ارش الاصابع ولا شئ فى الكف بالاجماع لان الاصابع اصول فى التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها

قال وفى الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للآدمى لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية لما قلنا وفى عين الصبى وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعى رح تجب فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبى لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفى الذكر بالحركة وفى العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ فى العمد والخطأ

قال ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة فى الدية لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء فى الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر رح لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرنا قال وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه

ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن ابي يوسف
ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منهما جناية
فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته
عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا وجه الثاني ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل
والبصر ظاهر فلا يلحق به قال في الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه
فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رح قالوا وينبغي ان تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص
قالوا وينبغي ان تجب الدية في العينين قال وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من
الاصبع او اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى
وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر بعض سن رجل فاسود ما بقي ولم يحك خلافا و
ينبغي ان تجب الدية في السن كله ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور
واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما لو شجه منقلة
فقال اشجه موضحة واترك الزيادة وهما في الخلافية ان الفعل في محلين فيكون جنايتين
مبتدأتين فالشبهة في احدهما لا تتعدى الى الآخر كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ منه
الى غيره فقتله يجب القود في الاول وله ان الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه
الساري فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه
لاتصال احدهما بالآخر فاورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية بخلاف النفسين لان
احدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا
وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى فلا قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة رح وقال
زفر والحسن يقتص من الاولى وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه

وروى ابن سماعة عن محمد فى المسئلة الاولى وهو ما اذا شجه موضحة فذهبت عيناه انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما فى النفس والبصر يجرى فيه القصاص بخلاف المسئلة الاخيرة لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد على هذه الرواية ان سراية ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص يوجب القصاص كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق التسبيب الا ترى ان الشجة بقيت موجبة فى نفسها ولا قود فى التسبيب بخلاف السراية الى النفس لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص الا على رواية ابن سماعة ولو اوضحه موضحتين فتاكلتا فهو على الروايتين هاتين ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش فى قول ابى حنيفة وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى وله ان الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبى فنبتت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة وعن ابى يوسف انه تجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل ولو قلع سن غيره فردها صاحبها فى مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمس مائة درهم لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستانى حولا بالاجماع وكان ينبغى ان ينتظر الياس فى ذلك للقصاص الا ان فى اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا نبتت تبين انا اخطانا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال

ولو ضرب انسان سن انسان فتحركت يستأنى حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضى سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون التاجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة اما التحريك فيؤثر فى السقوط فافترقا وان اختلفا فى ذلك بعد السنة فالقول للضارب لانه ينكر اثر فعله وقد مضى الاجل الذى وقته القاضى لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو لم تسقط لا شئ على الضارب وعن ابى يوسف انه تجب حكومة الالم وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش فى الخطاء على العاقلة وفى العمد فى ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقى لا قصاص لما ذكرنا

وكذا لو احمر او اخضر قال ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابى حنيفة رح لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف رح يجب عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد رح عليه اجرة الطبيب وثمن الدواء لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة رح يقول ان المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد او بشبهة ولم يوجد فى حق الجانى فلا يغرم شيئا

قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه ارش الضرب معناه اذا بقى اثر الضرب فاما اذا لم يبق اثره فهو على اختلاف قد مضى فى الشجة الملتحمة

قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف فى النفس كانه قتله ابتداء

قال ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعى رح يقتص منه

في الحال اعتباراً بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يبطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء قال وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمداً الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالاً لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع قال واذا قتل الاب ابنه عمداً فالدية في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي تجب حالة لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالاً والتأجيل للتخفيف في الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبراً لحقه وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلاً كدية الخطأ وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلاً لا معجلاً فلا يعدل عنه لا سيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدراً لا يجوز وصفاً وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق عاقلته قال وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذلك كل جناية موجبها خمسمائة فصاعداً والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي عمده عمد حتى تجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطأه سواء ولان الصبي

مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فـ
وهما أعذر أولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فإنها تترتب على العلم والعلم بالعقل
والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فأنى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث
عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لأنهما

مرفوعا القلم **فصل في الجنين** وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ففيه غرة وهي نصف عشر
الدية قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الأنثى عشر دية المرأة وكل منهما
خمسمائة درهم والقياس أن لا يجب شيء لأنه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة
للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال في الجنين غرة
عبد أو أمة قيمته خمسمائة ويروى أو خمسمائة فتركنا القياس بالأثر وهو حجة على من قدرها بستمائة

نحو مالك والشافعي وهي على العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة درهم وقال مالك في ماله
لأنه بدل الجزء ولنا أنه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولأنه بدل النفس ولهذا
سماه عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا أندي من لا صاح ولا استهل الحديث إلا أن
العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة وتجب في سنة وقال الشافعي في ثلاث سنين لأنه بدل
النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روي عن محمد بن الحسن أنه قال بلغنا أن رسول الله
عليه السلام جعل على العاقلة في سنة ولأنه إن كان بدل النفس من حيث إنه نفس على حدة
فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم فعملنا بالشبه الأول في حق التوريث وبالثاني
في حق التأجيل إلى سنة لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر
يجب في سنة بخلاف أجزاء الدية لأن كل جزء منها على من يجب يجب في ثلاث سنين

ويستوي فيه الذكر والأنثى لإطلاق ما رويناه ولأن في الحيين إنما ظهر التفاوت لتفاوت معاني

الآدمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر بعقد واحد وهو خمسمائة فان القت حيا ثم ماتت ففيه دية كاملة لانه اتلف حيا بالضرب السابق وان القت ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها وقد صح انه عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة وان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين لانه قاتل شخصين وان ماتت ثم القت ميتا فعليه دية في الام ولا شئ في الجنين وقال الشافعي تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك قال وما يجب في الجنين موروث عنه لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل قال وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يوخذ مقدارها من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان من الاصل ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال ابو يوسف لا يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكر ان شاء الله تعالى فيصح الاعتبار على اصله فان ضربت فاعتق المولى ما في بطنها ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه صار قاتلا اياه وهو حي نظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع

485

للسرية سلي ستا يأتيك من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي رحمه الله
تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطاً ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد
عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء ذلك
لانه ارتكب محظوراً فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل له ويستغفر مما صنع والجنين الذي
قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام لاطلاق ما روينا
ولانه ولد في حق امومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا
الحكم ولان بهذا القدر يتميز عن العلقة والدم فكان نفساً والله اعلم

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفاً او ميزاباً او جرصناً او بنى دكاناً فلرجل من
عرض الناس ان ينزعه لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض
كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئاً فكذا في الحق المشترك
قال ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق
بما في معناه اذ المانع متعنت فاذا اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر
ولا ضرار في الاسلام قال وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفاً ولا ميزاباً
الا باذنهم لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضراراً بهم
او لم يضر الا باذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن
الكل فجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكماً كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع
ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكماً قال
واذا اشرع في الطريق روشناً او ميزاباً او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته

لانه مسبب لتلفه متعد بشغله هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذا
اذا سقط شيء مما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة وان
عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه يصير كالدافع
اياه عليه وان سقط الميزاب نظر فان اصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه
لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه وان اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان
على الذي نصبه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة
عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك
وجب النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف
اعتبارا للاحوال ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع
خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان
على البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع في الطريق جمرا
فاحرق شيئا يضمنه لانه متعد فيه ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم احرق شيئا لم يضمنه
لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها
فجعل كمباشرته ولو استأجر رب الدار العملة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا
قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما
الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير
داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان على
رب الدار استحسانا لانه صح الاستئجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا
فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب

به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف
ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد
ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء
كثيرا بحيث يزلق عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به عادة لا يضمن
ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض
الطريق لانه يجد موضعا للمرور ولا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه
بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذا الحكم
في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذها جميعه او بعضه ولو رش فناء حانوت باذن
صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا واذا استأجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته
فتعقل به انسان بعد فراغه من العمل فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا ولو كان امره بالبناء
في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر **قال** ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع
حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت بهيمة فضمانها في ماله لانه
متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان
البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما
ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس
بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في
الطريق وتعقل به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه
فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه لان حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وانما
اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في

الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعل ما فعل
بامر من له الولاية في حقوق العامة وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او
بالافتيات على رأي الامام او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل
في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذا ان حفر في ملكه لم يضمن لانه غير متعد
وكذا اذا حفر في فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء
مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان
كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح ولو حفر في الطريق و
مات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة رح لانه مات لمعنى في نفسه
والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف ان مات جوعا فكذلك وان مات غما
فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبير وقال محمد هو
ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه قال وان
استاجر اجراء فحفروها له في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا
انها في غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرة اذ لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين
فصار كما اذا امر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك يضمن
المامور ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع
للغرور وهنا يجب الضمان على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير
متعد والمستاجر متعد فترجح جانبه وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح
امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه
حق الحفر فحفروا ومات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر

فما غرموا في الاستحسان على المستأجر لكونه فناؤه بمنزلة كونه مملوكا
له لانطلاق يده في التصرف فيه من إلقاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء
الدكان فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر إلى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل إليه قال
ومن جعل قنطرة بغير إذن الإمام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل القنطرة وكذلك إن
وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها لأن الأول تعدٍّ هو تسبيب والثاني تعدٍّ هو
مباشرة فكانت الإضافة إلى المباشر أولى ولأن تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر
مع الملقي قال ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على إنسان فعطب به إنسان فهو ضامن و
كذا إذا سقط فتعثر به إنسان وإن كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به إنسان لم يضمن وهذا اللفظ يشتمل
الوجهين والفرق أن حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللابس
لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرنا فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد
أنه إذا لبس ما لا يلبس فهو كالحامل لأن الحاجة لا تدعو إلى لبسه قال وإذا كان المسجد
للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا أو جعل فيه بواري أو حصاة فعطب به رجل
لم يضمن وإن كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا هذا عند أبي حنيفة رح وقالا لا يضمن
في الوجهين لأن هذه من القرب وكل أحد مأذون في إقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما إذا فعله
بإذن واحد من أهل المسجد ولأبي حنيفة رح وهو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله
دون غيرهم كنصب الإمام واختيار المتولي وفتح بابه وإغلاقه وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها غير أهله
فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا أو مباحا مقيدا بشرط السلامة
وقصد القربة لا ينافي الغرامة إذا أخطأ الطريق كما إذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان
من أهله قال وإن جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن إن كان في الصلوة

وان كان في غير الصلوة ضمن و هذا عند ابي حنيفة رح و قالا لا يضمن على كل حال و لو كان جالسا

لقراءة القران و للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير الصلوة او مر فيه

مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف اما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف

و قيل لا يضمن بالاتفاق لهما ان المسجد انما بني للصلوة و الذكر و لا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة

الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلوة او لان المنتظر للصلوة في الصلوة

حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلوة و له ان المسجد انما بني للصلوة و هذه الاشياء ملحقة

بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا و الجلوس لما يلحق به مباحا

مقيدا بشرط السلامة و لا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه و هو مقيد بشرط السلامة

كالرمي الى الكافر او الى الصيد و المشي في الطريق و المشي في المسجد اذا وطئ غيره و النوم فيه اذا

انقلب على غيره و ان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلوة فتعقل به انسان ينبغي ان

لا يضمن لان المسجد بني للصلوة و امر الصلوة بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد

من المسلمين ان يصلي فيه وحده **فصل في الحائط المائل** قال و اذا مال الحائط الى طريق المسلمين

فطولب صاحبه بنقضه و اشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن

ما تلف به من نفس او مال و القياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة و لا مباشرة شرط

هو متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه و الميلان و شغل الهواء ليس من فعله فصار

كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء طريق

المسلمين بملكه و رفعه في يده فاذا تقدم اليه و طولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار

متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب

به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب و لان لو لم

لو وجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون به
دفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل
لدفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية وتتحملها العاقلة لانه في كونه جناية
دون الخطاء فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدى الى استيصاله والاجحاف به
وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال
والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من
اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا
اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحائط

لانعدام التعدي **قال** ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير

اشهاد لان البناء تعدى ابتداء كما في اشراع الجناح **قال** وتقبل شهادة رجلين او رجل وامرأتين على

التقدم لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها
لانه لابد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوى ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمى
لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امرأة
حرا كان او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فينفرد بها
كل صاحب حق به وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة لان الحق له على
الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا
بازالة ما شغل هواءها ولو اجله صاحب الدار او ابرأه منها او فعل ذلك ساكنوها فذلك
جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي
او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة المسلمين ليس اليهما ابطال حقهم ولو باع

الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم
مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع
فلا يبرء على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه
التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط
وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستاجر والمودع وساكن الدار
ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى اب اليتيم او امه
في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب
لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط
ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى و
ضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن
من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي ولو سقط الحائط
المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاولياء
لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على
النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه
لان التفريغ اليه وان كان ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها قال واذا كان الحائط بين خمسة رجال
اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كانت دار بين
ثلاثة نفر فحفر احدهم فيها بئرا والحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين او بنى حائطا فعطب به
انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا عليه نصف الدية على
عاقلته في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر ونصيب من لم يشهد عليه هدر

فكانا قسمين فنقسم نصفين كما في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل
بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى
يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم تقسم على اربابها
بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت او كبرت
على ما عرف الا ان عند محمد فيقسم على الكل لعدم الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها

الراكب ضامن لما وطئت الدابة ما اصابت بيدها او رجلها او رأسها او كدمت او خبطت
وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح
مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا
بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط
السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف
وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات
التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير
على الدابة فلم يتقيد به فان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف
وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه قال وان اصابت
بيدها او برجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأت عين انسان او افسدت
ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن لانه في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب
لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن لانه ينفك عن السير عادة وانما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف
فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف قال فان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان

٥٩٣

لم يضمن لانه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها او بولها ضمن لانه متعد في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها والمراد النفحة قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري في مختصره واليه مال بعض المشائخ ووجهه ان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال اكثر المشائخ ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لامكانه كبحها بلجامها وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعي يضمنون النفحة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار معناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب وفي الجامع الصغير كل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب الا ان على الراكب الكفارة فيما اوطئته الدابة بيدها او برجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له لان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما اوطئت الدابة لان الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة الى المباشر اولى وقيل الضمان عليهما لان

كل ذلك سبب الضمان **قال** وإذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية
الآخر وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر لما روي ذلك عن
علي رضي الله عنه ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لأنه بصدمته آلم نفسه
وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدام عمدا أو جرح كل واحد منهما نفسه
وصاحبه جراحة أو حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف
فكذا هذا ولنا أن الموت مضاف إلى فعل صاحبه لأن فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق
فلا يصلح مستندا للإضافة في حق الضمان كالماشي إذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء
من دمه وفعل صاحبه وإن كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم إذا
انقلب على غيره وروي عن علي رضي الله عنه أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت
روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق هذا الذي
ذكرنا إذا كانا حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ لأن الجناية تعلقت
برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا إلى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد
لأن كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا ففي
الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر
المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لأن على أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تجب القيمة على العاقلة
لأنه ضمان الآدمي فقد أخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد
عليه لعدم الخلف وفي العمد تجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لأن المضمون هو النصف
في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط
بموته إلا قدر ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة **قال** ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله

ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه متعد في هذا التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد او الاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد في العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيتقيد بشرط السلامة قال ومن قاد قطارا فهو ضامن لما اوطأ فان وطئ بعير انسانا ضمن به القائد والدية على العاقلة لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب الضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله وان كان معه سائق فالضمان عليهما لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل اما اذا كان توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه قال وان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما مسبب لان الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار تسير لانه امر بالقود دلالة فاذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه قال ومن ارسل بهيمة وكان لها سائقا فاصابت في فورها يضمنه لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق قال ولو ارسل طيرا وساقه فاصاب في فوره لم يضمن والفرق ان بدن البهيمة يحتمل

السوق فيعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا
لو ارسل كلباً ولم يكن له سائقاً لم يضمن ولو ارسله الى صيد ولم يكن له سائقاً فاخذ الصيد
وقتله حل ووجه الفرق ان البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف
فعلها الى غيرها هذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست في الاصطياد فاضيف الى المرسل لان
الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان وعن ابي يوسف رح انه
اوجب الضمان في هذا كله احتياطاً صيانة لاموال الناس قال رضي الله عنه وذكر في المبسوط اذا ارسل
دابة في طريق المسلمين فاصابت في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت
تسير على سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر
سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سارت
فاخذت الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لتمكنه من الصيد وهذه تنافي
مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نفساً
او مالاً في فوره لا يضمنه من ارسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعدٍ
فيضمن ما تولد منه اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدي قال

ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعاً على فوره ضمن المرسل وان مالت يميناً او شمالاً وله طريق آخر لا يضمن

لما مر ولو انفلتت الدابة فاصابت مالاً او آدمياً ليلاً او نهاراً لا ضمان على صاحبها لقوله
عليه السلام جرح العجماء جبار وقال محمد رح هي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب

النسبة اليه من الارسال واخواته شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لان المقصود

منها هو اللحم فلا يعتبر الا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار

والبغل والفرس وقال الشافعي رح فيه النقصان ايضاً اعتباراً بالشاة ولنا ما روي انه عليه السلام

قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين فبشبه الآدمي في ايجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل فكأنها ذات اعين اربعة فيجب الربع بفوات احدها قال ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا او ضربته بيدها او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعد في تسبيبه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا قال وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة قال ولو وثبت بنخسه على رجل او وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر قال ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما نصفين جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف

اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث انه تلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطي فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطي وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما ان الحفر شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعل بامره وقد قيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يامره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فالعقل لا يرجعون على الآمر لانه امره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فيبقى السوق مضافا الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان صبيا ففي ماله لانهما مؤاخذان بافعالهما ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لانه متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله والله اعلم

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه وقال الشافعي جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان

العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كما في الذمي ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ ان تتباعد عن الجاني تحرزا عن استيصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر **قال** فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان التاجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل وايهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط واما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد له فان لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيناه وان مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى **قال** فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الاولى معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كأن لم تكن وهذا ابتداء جناية **قال** وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما

وامان نفدبه بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لايمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة الاترى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجنى عليه الاول اولى ان لايمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتيهما وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع ارشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجات وللمولى ان يفدى من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهى الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدى من احدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متحد لاتحاد سببه وهى الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق فى موجبها قال فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش لان فى الاول فوت حقه فيضمنه وحقه فى اقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفى الثانى صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولى الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز ان يكون كما قال المقر والحقه الكرخى بالبيع واخواته لانه ملكه فى الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فشبه البيع واطلاق الجواب فى الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشترى لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك ما زال قبل ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان

الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسها مختارا ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المامور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كانت بكرا فوطيها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطي الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزمه النقصان

قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك وقال زفر لا يصير مختارا للفداء لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا ترى انه لو علق الطلاق او العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا يرى ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرضت حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورده لان غرضه طلاق او عتق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة الاختيار

قال وإذا قطع العبدُ يدَ رجلٍ عمداً فدفع إليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ثم مات من اليد فالعبدُ صلحٌ بالجناية وإن لم يعتقه رُدّ على المولى وقيل للأولياء اقتلوه أو اعفوا عنه ووجهه ذلك وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبيّن أن الصلح وقع باطلاً لأن الصلح كان عن المال لأن أطراف العبد لا يجري القصاص بينها وبين أطراف الحر فإذا سرى تبيّن أن المال غير واجب وإنما الواجب هو القود فكان الصلح واقعاً بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما إذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لأن الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له إلا أن يجعل صلحاً عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نصّ عليه ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به لأنه لما رضي بكون العبد عوضاً عن القليل يكون أرضى بكونه عوضاً عن الكثير فإذا أعتق يصح الصلح في ضمن الإعتاق ابتداءً وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداءً والصلح الأول وقع باطلاً فيردّ العبد إلى المولى والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض نسخ رجل قطع يد رجل عمداً فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه إليه فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد إشكالاً فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وههنا قال يجب قيل ما ذكر ههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعاً على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه أن العفو عن اليد صح ظاهراً لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهراً فبعد ذلك وإن بطل حكماً يبقى موجوداً حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص أما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فإذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا إذا لم يعتقه أما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من

قبل قال وإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية
فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لأولياء الجناية لأنه أتلف حقين كل واحد منهما
مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للأولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن
الجمع بين الحقين إيفاء من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء
فيضمنهما بالإتلاف بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى
إلى الغرماء لأن الأجنبي إنما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لأنه دونه وههنا
يجب لكل واحد منهما بإتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما قال وإذا استدانت

الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت فإنه يباع الولد معها في الدين وإن جنت جناية
لم يدفع الولد معها والفرق أن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها
استيفاء فيسري إلى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لأن وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها
وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية

قال وإذا كان العبد لرجل زعم رجل أن مولاه أعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطأ
فلا شيء له لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى
إلا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال وإذا أعتق العبد فقال لرجل قتلت أخاك
خطأ وأنا عبد وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول العبد لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده
إلى حالة معهودة منافية للضمان إذ الكلام فيما إذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى
دفعا أو فداء وصار كما إذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وأنا صبي أو بعت داري وأنا صبي أو
قال طلقت امرأتي وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا قال ومن أعتق
جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي وقالت قطعتها وأنا حرة فالقول قولها وكذلك كل

ما أخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد لا يضمن الا شيئا قائما بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناده
الفعل الى حالة معهودة منافية له كما في المسئلة الاولى وكما في الوطي والغلة وفي الشيء القائم
اقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة والقول
قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول
قوله كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له
لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فان القول قول المقر له وهذا لانه ما اسند الى
حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربي اذا
اخذه وهو مستأمن بخلاف الوطي والغلة لان وطي المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اخذه
من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية
للضمان قال واذا امر العبد المحجور عليه صبيا حرا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية
لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطاؤه سواء على ما بينا من قبل ولا شيء على الآمر وكذا اذا
كان الآمر صبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما
اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر ابدا ويرجعون على العبد الآمر بعد
الاعتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه
قاصر الاهلية قال وكذلك ان امر عبدا معناه ان يكون الآمر عبدا والمأمور عبدا محجورا
عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع او الفداء ولا رجوع له على الاول في الحال ويجب ان
يرجع بعد العتق باقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا
كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطأ اما اذا كان

كبير اليجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد قال واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه بعشرة الاف درهم لانه لما عفا احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة او في عشرين الفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف فان كان قتل احدهما عمدا والآخر خطأ فعفا احد وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة الاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة الاف لوليي الخطأ لانه لما انقلب العمد مالا كان حق وليي الخطأ في كل الدية عشرة الاف وحق احد وليي العمد في نصفها خمسة الاف ولا تضايق في الفداء فتجب خمسة عشر الفا وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لوليي الخطأ وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند ابي حنيفة رح وقالا يدفعه ارباعا ثلاثة ارباعه لوليي الخطأ وربعه لولي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لوليي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فيتنصف فلهذا يقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق تعلق بالرقبة اصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسئلة نظائر واضداد ذكرناها في الزيادات قال واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما اي قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة رح وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الآخر او يفديه بربع الدية وذكر في بعض النسخ قتل وليا لهما والمراد القريب ايضا وذكر في بعض النسخ قول محمد رح مع ابي حنيفة رح وذكر في الزيادات عبد قتل مولاه وله ابنان فعفا احد الابنين بطل ذلك كله عند ابي حنيفة ومحمد رح وعند ابي يوسف رح الجواب فيه كالجواب في مسئلة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية لابي يوسف رح لان حق القصاص

ثبت للمولى في العبد على سبيل الشيوع لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فاذا
عفا احدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه شائع في الكل فيكون نصفه
في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى
لا يستوجب على عبده مالا وما كان في نصيب صاحبه بقي ونصف النصف هو الربع فلهذا
يقال ادفع نصف نصيبك او افده بربع الدية ولهما ان ما يجب من المال يكون حق المقتول
لانه بدل دمه ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ
من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده دينا فلا تخلفه الورثة فيه

فصل

ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته
عشرة آلاف درهم او اكثر قضي له بعشرة آلاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها
على الدية خمسة آلاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف
والشافعي رح تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا
فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب
للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد
وبقاؤه ببقاء المالية اصلا او بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد رح
قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولأن
فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى
عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد
يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك اعتبر الدم في قليل
القيمة والواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة

لان قيمة الحر مقدرة بعشرة الاف ونقصنا منها فى العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين
العشرة باثر عبد الله بن عباس رضى الله عنهما قال وفى يد العبد نصف قيمته لا يزاد
على خمسة الاف الا خمسة لان اليد من الادمى نصفه فتعتبر بكله وينقص هذا المقدار
اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة
فى العبد كالدية فى الحر اذ هو بدل الدم على ما قررنا وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت فى
يده تجب تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المالية قال ومن قطع يد عبد فاعتقه
المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا
عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد لا قصاص فى ذلك وعلى القاطع ارش اليد
وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لم يجب القصاص فى الوجه الاول لاشتباه من
له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون
الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب
على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين فى الحالين مختلف بخلاف العبد الموصى
بخدمته لرجل وبرقبته لاخر اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت
فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد رحمه الله فى الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى
ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على
اعتبار الاخرى فينزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لاخر بعتنى هذه
الجارية بكذا فقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها ولان الاعتاق قاطع للسراية
وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى
فيستوفيه وهذا لان المقضى له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل

الاول لان المقضى له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ههنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسئلة لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكماً والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطأ دون العمد لان الجنين لا يصلح مالكاً للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتبارات يكون الحق له فالمولى هو الذى يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد رح يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد رح في الثاني قال ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد لان الفرق ان البيان انشاء من وجه واظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقى محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهاراً محضاً واحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا نتيقن بقتل كل واحد منهما حرًا وكل منهما ينكر ذلك وكان القياس ان يثبت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدة وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتنا له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكاً في حقها قال ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع

العبد واخذ قيمته وقال الشافعي رحمه الله يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام الآدمية لان موجب الجناية على المال ان تباع رقبته فيها ثم من احكام الاولى ان لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن احكام الثانية ان ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

فصل في جناية المدبر وام الولد

قال واذا جنى المدبر او ام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة رضي الله عنه انه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا عن تسليمه في الجناية بالتدبير او الاستيلاد من غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة

ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد فى جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة فى الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا فى رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد فى حال الجناية عليه لان المنع فى هذا الوقت يتحقق قال فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولى الاولى بقضاء فلا شئ عليه لانه مجبور على الدفع قال وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولى بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولى الجناية وهذا عند ابى حنيفة رح وقالا لا شئ على المولى لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولابى حنيفة رح ان المولى جان بدفع حق ولى الجناية الثانية طوعا وولى الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولى الجناية الاولى ومتاخرة حكما من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية فى حقها فجعلت كالمقارنة فى حق التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولى الثانية عملا بالشبهين واذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وام الولد بمنزلة المدبر فى جميع ما وصفنا لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير واذا اقر المدبر بجناية الخطا لم يجز اقراره ولا يلزمه به شئ عتق او لم يعتق لان موجب جناية الخطا على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد والله اعلم

باب غصب العبد والمدبر والصبى والجناية فى ذلك

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل فمات فى يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى

قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه والفرق أن الغصب
قاطع للسراية لأنه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته
أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة إلى البداية فصار
متلفاً فيصير مستردًا كيف وأنه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان

قال وإذا غصب العبد المحجور عليه عبداً محجوراً عليه فمات في يده فهو ضامن لأن المحجور عليه مؤاخذ
بأفعاله

قال ومن غصب مدبراً فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى
فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لأن المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير
أن يصير مختاراً للفداء فيصير متلفاً حق أولياء الجناية وحقهم فيه ولم يمنع إلا رقبة
واحدة فلا يزاد على قيمتها وتكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب

قال ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لأنه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب
فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب

قال ويدفعه إلى ولي الجناية الأولى ثم يرجع
بذلك على الغاصب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم
له لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الأولى فلا يدفعه إليه كيلا
يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما أن حق الأول
في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد وإنما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فإذا وجد شيئاً
من بدل العبد في يد المالك فارغاً يأخذه ليتم حقه فإذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذ على
الغاصب لأنه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب

قال وإن كان جنى عند المولى
فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة
على الغاصب لما بينا في الفصل الأول غير أن استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية إذ كانت

هو في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب عندنا بالاجماع

المسئلة في العبد فقال ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه

الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب

وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند

المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول

ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا الا ان في هذا الفصل

يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم

رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لانه منع

رقبة واحدة بالتدبير فتجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لان الجنايتين

كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية

عليه لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد قال ويرجع به على الغاصب لان

الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية

الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسئلة

على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد رح ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما

سلم لولي الجناية الاولى لان الجناية الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر

الاستحقاق اما في هذه المسئلة فيمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في

يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه قال ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجأة او بحمى فليس

عليه شيء وان مات من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان

والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رح لان الغصب في الحر لا يتحقق الا يرى

انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حرا رقبة ويدا اولى وجه
الاستحسان انه لا يضمن بالغصب لكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه
نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع
لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه وهو متعد فيه وقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان
شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجاءة او
بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض
نقول بانه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا قال واذا اودع صبي عبدا
فقتله فعلى عاقلته الدية وان اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة و
محمد وقال ابو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين جميعا وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور عليه
مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد ويؤاخذ به بعد العتق
وعند ابي يوسف والشافعي يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد
والصبي وقال محمد في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة
في صبي ابن اثنتي عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط
غير معتبر وفعله معتبر لهما انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا
كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد
انه اتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت
حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر
الا اذا اقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة ههنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على
نفسه بخلاف البالغ والماذون له لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة

عبد إلا أن عصمته لحقه إذ هو مبقي على أصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي لأنه سقطت العصمة بالإضافة إلى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره. قال وإن استهلك مالا ضمن يريد به من غير إيداع لأن الصبي يؤاخذ بأفعاله وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد والله أعلم بالصواب.

باب القسامة

وإذا وجد القتيل في محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا، وقال الشافعي رح إذا كان هناك لوث استحلف الأولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى أو خطأ، وقال مالك يقضى بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو أحد قولي الشافعي رح، واللوث عندهما أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه، وإن لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا غير أنه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي فإن حلفوا لا دية عليهم، للشافعي في البداية بيمين الولي قوله عليه السلام للأولياء فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه، ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فإذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي أصل له كما في النكول غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية، ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر وفي رواية على المدعى عليه، وروى سعيد بن المسيب أن النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم، ولأن اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي إلى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه

المال المبتذل فكان لا يستحق به النفس المحترمة وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى
ان خيار تعيين الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل
او صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل وفائدة
اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين
الطالح ولو اختاروا اعمى او محدودا في قذف جاز لانه يمين وليس بشهادة قال واذا حلفوا
قضي على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي وقال الشافعي رح لا تجب الدية لقوله عليه السلام
في حديث عبد الله بن سهل رضي الله عنه تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهدت في الشرع مبرئا
للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى ولنا ان النبي عليه السلام جمع بين الدية والقسامة
في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن ابي مريم وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة
وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة عما
وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص
بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم
الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم او وجبت
بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين فيه
مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان
اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية
هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم و
الدعوى في العمد او الخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض باعيانهم انه قتل وليه
عمدا او خطأ فكذلك الجواب يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المبسوط

وعن ابی یوسف فی غیر روایة الاصول ان فی القیاس تسقط القسامة والدیة عن الباقین من اهل المحلة ویقال للولی الک بینة فان قال لا یستحلف المدعی علیه علی قتله یمینا واحدة ووجهه ان القیاس یاباه لاحتمال وجود القتل من غیرهم وانما عرف بالنص فیما اذا کان فی مکان ینسب الی المدعی علیهم والمدعی یدعی القتل علیهم وفیما وراءه بقی علی اصل القیاس وصار کما اذا ادعی القتل علی واحد من غیرهم وفی الاستحسان تجب القسامة والدیة علی اهل المحلة لانه لا فصل فی اطلاق النصوص بین دعوی ودعوی فنوجبه بالنص لا بالقیاس بخلاف ما اذا ادعی علی واحد من غیرهم لانه لیس فیه نص فلو اوجبناهما لاوجبناهما بالقیاس وهو ممتنع ثم حکم ذلک ان یثبت ما ادعاه اذا کان له بینة ان لم تکن یستحلفه یمینا واحدة لانه لیس بقسامة لانعدام النص وامتناع القیاس ثم ان حلف بریٔ وان نکل والدعوی فی المال ثبت به وان کان فی القصاص فهو علی اختلاف مضی فی کتاب الدعوی قال وان لم تکمل اهل المحلة کررت الایمان علیهم حتی تتم خمسین لما روی ان عمر رضی الله عنه لما قضی فی القسامة وافی الیه تسعة واربعون رجلا فکرر الیمین علی رجل منهم حتی تمت خمسین ثم قضی بالدیة وعن شریح والنخعی رضی الله عنهما مثل ذلک ولان الخمسین واجب بالسنة فیجب اتمامها ما امکن ولا یطلب فیه الوقوف علی الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فیه استعظام امر الدم فان کان العدد کاملا فاراد الولی ان یکرر علی احدهم فلیس له ذلک لان المصیر الی التکرار ضرورة الاکمال قال ولا قسامة علی صبی ولا مجنون لانهما لیسا من اهل القول الصحیح والیمین قول صحیح قال ولا امرأة ولا عبد لانهما لیسا من اهل النصرة والیمین علی اهلها قال وان وجد میتا لا اثر به فلا قسامة ولا دیة لانه لیس بقتیل اذ القتیل فی العرف من فاتت حیوته بسبب یباشره الحی وهذا میت حتف انفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع

احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلابد من ان يكون به اثر يستدل به على كونه قتيلا
وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه او اذنه
لانه لا يخرج منهما الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه او دبره
او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد ولو وجد
بدن القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الراس في محلة فعلى اهلها القسامة
والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الراس او وجد يده
او رجله او راسه فلا شيء عليهم لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا
ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه
القسامة ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان
والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه
وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلوة الجنازة
في هذا تنسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب
فلا شيء على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق
وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص
الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا قال واذا وجد القتيل على دابة يسوقها
رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان
قائدها او راكبها فان اجتمعوا فعليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم قال
وان مرت دابة بين قريتين عليها قتيل فهو على اقربهما لما روي ان النبي عليه السلام اتي بقتيل
وجد بين قريتين فامر ان يذرع وعن عمر رضي الله عنه انه لما كتب اليه في القتيل الذي

وجد بين وادعة وارحب فكتب بان يقيس بين قريتين فوجد القتيل الى وادعة

اقرب فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت

لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا قال وان وجد القتيل

في دار انسان فالقسامة عليه لان الدار في يده والدية على عاقلته لان نصرته منهم

وقوته بهم قال ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة رح وهو قول

محمد رح وقال ابو يوسف رح هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون

بالسكنى الا ترى انه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخيبر

ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم

فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي عليه السلام

اقرهم على املاكهم وكان ياخذ منهم على وجه الخراج قال وهو على اهل الخطة دون

المشترين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح الكل مشتركون لان الضمان

انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار

الملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه

اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة رح بنى ذلك على

ما شاهد بالكوفة قال وان بقي واحد منهم فكذلك يعني من اهل الخطة لما بينا وان لم

يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين لان الولاية انتقلت اليهم او خلصت

لهم لزوال من يتقدمهم او يزاحمهم واذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل

العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان وهذا

عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص

به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كأهل المحلة لا يشاركهم فيها غيرهم لأنهم
لو تهمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة قال وإن وجد القتيل
في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل وللآخر ما بقي فهو على رؤس الرجال لأن صاحب
القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد
الرؤس بمنزلة الشفعة قال ومن اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو
على عاقلة البائع وإن كان في البيع خيار لأحدهما فهو على عاقلة الذي في يده وهذا عند
أبي حنيفة رح وقالا إن لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وإن كان فيه خيار فهو على عاقلة
الذي تصير له لأنه إنما أنزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب إلا على من له ولاية الحفظ
والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري
قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر وله
أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر
بالملك بدون اليد وفي البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لأحدهما قبل القبض
لأنه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس به تصرفا ولو كان
الخيار للبائع وهو في يده فهو مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده إذ بها يقدر على الحفظ
قال ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها للذي في يده
لأنه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وإن كانت دليلا على الملك
ولكنها محتملة فلا تكفي لإيجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار
المشفوعة فلا بد من إقامة البينة قال وإن وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من
فيها من الركاب والملاحين لأنها في أيديهم واللفظ يشمل أربابها حتى تجب على الأرباب الذين

فيها وعلى السكان وكذا على من بيده الدار من غير مالك فى ذلك وغير المالك سواء وكذا الحكم

وهذا على ما روى عن ابى يوسف رح ظاهر والفرق لهما ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر

فيها اليد دون الملك كما فى الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل قال وان وجد فى مسجد

محلة فالقسامة على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد فى المسجد الجامع والشارع

الاعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذا

الجسور للعامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد فى السوق ان كان مملوكا فعند

ابى يوسف رح تجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التى

بنيت فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد فى السجن فالدية على بيت المال وعلى

قول ابى يوسف رح الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر

ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم

ما يجب لاجل النصرة ولانه بنى لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه

يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن وهى مختلف فيها بين ابى حنيفة و

ابى يوسف رح وان وجد فى برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع

الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف احد بالتقصير وهذا اذا

لم تكن مملوكة لاحد اما اذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته وان وجد بين قريتين

كان على اقربهما وقد بيناه وان وجد فى وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس فى

يد احد ولا فى ملكه وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على

التفسير الذى تقدم لانه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط فى يد من هو

بقربه لانهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيه بخلاف النهر الذى يستحق

٥٢١

به الشفعة لاختصاصهم بها بالقيام بها هم عليه فتكون القسامة والدية عليهم **قال**
وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكرنا
فيه القياس والاستحسان **قال** وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم ووجه الفرق
قد بيناه من قبل وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا
منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان ان
القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث
لم يأخذوا على يد الظالم ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي
فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم فسقط لفقد شرطه **قال** واذا التقى قوم بالسيوف
فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي الاولياء
على اولئك او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة شيء لان هذه الدعوى تضمنت
براءة اهل المحلة عن القسامة **قال** ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان بمجرد الدعوى لا يثبت
الحق للمدعي الذي بيناه وانما يسقط به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه ولو وجد
قتيل في معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء او فسطاط
فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا
لليد عند انعدام الملك وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة
ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه وان كان للارض
مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله وقد ذكرناه

قال واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه
يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرناه لانه لما اقر بالقتل على

واحد منهم مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه قال واذا شهد اثنان

من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتل لم تقبل شهادتهما وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا

تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم

فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين

للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصي اذا خرج من الوصاية

بعد ما قبلها ثم شهد قال رضي الله عنه وعلى الاصلين هذين يتخرج كثير من المسائل

من هذا الجنس قال ولو ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها

عليه لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه

فكان متهما وعن ابي يوسف رح ان الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزداد على ذلك لانهم

اخبروا انهم عرفوا القاتل قال ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان

كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول ابي حنيفة رح وقال

ابو يوسف رح لا قسامة ولا دية لان الذي حصل في القبيلة او المحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه

فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص

فان كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك

ولو ان رجلا معه جريح به رمق حمله انسان الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم

يضمن الذي حمله الى اهله في قول ابي يوسف رح وفي قياس قول ابي حنيفة رح يضمن لان يده

بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة

القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة رح

وقال ابو يوسف ومحمد وزفر رح لا شيء فيه لان الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كانه قتل نفسه

فيكون هدراً ولهٰذا ان القسامة انما تجب بناءً على ظهور القتل ولهٰذا لا يدخل في الدية من مات
قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلاً
في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه

ولو ان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد احدهما مذبوحاً قال ابو يوسف يضمن
الآخر الدية وقال محمد لا يضمنه لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل ان الآخر قتله فلا يضمنه
بالشك ولابي يوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطاً كما
اذا وجد قتيل في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد القسامة
عليها تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب وقال ابو يوسف
القسامة على العاقلة ايضاً لان القسامة انما تجب على من كان من اهل النصرة والمرأة ليست
من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة
متحققة قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانا
انزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة ولو وجد رجل قتيلاً في ارض رجل الى جانب قرية
ليس صاحب الارض من اهلها قال هو على صاحب الارض لانه احق بنصرة ارضه من اهل القرية

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلاً لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تمسك

قال والدية في شبه العمد والخطاء وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين
يعقلون يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها
على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للاولياء قوموا فدوه
ولان النفس محترمة لا وجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظراً

الى الآلة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفى ايجاب مال عظيم اجحافه واستيصاله
فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة
فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين فى تركهم مراقبته فخصوا به قال

والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم فى ثلاث سنين
واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم فى الديوان وهذا عندنا
وقال الشافعى الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضى الله عنه
فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير
نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت
بانواع بالقرابة والحلف والولاء والعد وفى عهد عمر رضى الله عنه قد صارت بالديوان
فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم
اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو
العطاء اولى منه فى اصول اموالهم والتقدير بثلاث سنين مروى عن النبى عليه السلام
ومحكى عن عمر رضى الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج فى كل سنة مرة
واحدة فان خرجت العطايا فى اكثر من ثلاث سنين او اقل اخذ منها لحصول المقصود وتاويله اذا كانت
العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت فى السنين الماضية
قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما نبين
ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلث عطايا فى سنة واحدة معناه فى المستقبل يؤخذ
منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية فى ثلاث سنين فكل ثلث منها فى سنة

الواجب بالقتل ثلث الدية او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين
في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة
من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلاث سنين وقال
الشافعي رح ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لان التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق
به العمد المحض ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا
خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس
وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي المثل والتحول
الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور قال ومن لم يكن من اهل
الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل قال وتقسم عليهم في ثلاث
سنين لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها قال رضي الله عنه كذا ذكره
القدوري رح في مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد رح على
انه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة او اربعة فلا يؤخذ من كل
واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وهو الاصح قال وان لم تتسع القبيلة لذلك
ضم اليهم اقرب القبائل معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات
الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الآباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل
لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلاثة او اربعة وهذا المعنى انما
يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع لذلك
اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض
ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي رح يجب على كل واحد نصف

دينار فيسوّى بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكوٰة وادناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم
نصف دينار ولكنا نقول هي احطّ رتبة منها الا ترى انه لا تؤخذ من اصل المال فينتقص
تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية في ارزاقهم في ثلاث
سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة
من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل سنة فكلما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث
بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل ستة اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس
الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل
سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصته الشهر
وان كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون
الارزاق لانه ايسر اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه و
العطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم قال وادخل القاتل مع العاقلة
فيكون فيما يؤدّى كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال الشافعي
لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا قلنا
ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء عنه اولى
قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول
عمر رض لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس
لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان
القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل
باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء

للمعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبي عليه السلام ورضي الله عنهن ولا يعقل اهل مصر عن
مصر آخر يريد به انه اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده
ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه من اهل مصر آخر ويعقل اهل
كل مصر عن اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم امر استنصروا بهم فيعقلهم
اهل المصر باعتبار معنى القرب في النصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل
الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر
فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة
بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل ومن جنى جناية
من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه
اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقيل هو محمول على ما اذا كان قريبا لهم
لان الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم اهل الديوان من
اهل المصر ولا يخصون به اهل العطاء وقيل تاويله اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال واهل
البادية اقرب اليه من اهل المصر وهذا لان الوجوب عليهم بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا
فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي نازلا في المصر
لا مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية
لا تعقل عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون
بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام
في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم تكن لهم عاقلة
معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب

على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه في ماله بمنزلة تاجرين
مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام لا
يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر
لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا
هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يتعاقلوا
بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف رح لانقطاع التناصر ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله
بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة
وقال زفر يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف لان الموجب هو الجناية وقد
تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا ان المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا
ان الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته واذا
كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الواجب قد تقرر
بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء
وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث تضم اليهم اقرب القبائل
في النسب لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم
فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض
عليه حتى استوطن البصرة قضي بالدية على اهل البصرة ولو كان قضي بها على اهل الكوفة لم ينتقل
عنهم وكذا البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على اهل الديوان
وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل
البادية قضي بالدية عليهم في اموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث

تصير الدية في عطياتهم وإن كان قضى بها أول مرة في أموالهم لأنه ليس فيه نقض القضاء
الأول لأنه قضى بها في أموالهم وعطياتهم أموالهم غير أن الدية تقضى من أيسر الأموال
أداء والأداء من العطاء أيسر إذا صاروا من أهل العطاء إلا إذا لم يكن مال العطاء من
جنس ما قضي به عليه بأن كان القضاء بالإبل والعطاء دراهم فحينئذ لا تحول إلى الدراهم
أبداً لما فيه من إبطال القضاء الأول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لأنه أيسر **قال** وعاقلة
المعتق قبيلة مولاه لأن النصرة بهم ويؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم **قال**
ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لأنه ولاء يتناصر به فأشبه ولاء العتاقة وفيه
خلاف الشافعي وقد مر في الولاء **قال** ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتتحمل
نصف العشر فصاعداً والأصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنه موقوفاً عليه ومرفوعاً
إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا
ما دون أرش الموضحة وأرش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولأن التحمل للتحرز عن الإجحاف
ولا إجحاف في القليل وإنما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع **قال** وما نقص من
ذلك يكون في مال الجاني والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على
العاقلة كما ذهب إليه الشافعي أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء إلا أنا تركناه بما
روي أنه عليه السلام أوجب أرش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على
ما مر في الديات فما دونه يسلك به مسلك الأموال لأنه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال
بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني أخذاً بالقياس **قال** ولا تعقل العاقلة جناية العبد
ولا ما لزم بالصلح أو باعتراف الجاني لما روينا ولأنه لا تناصر بالعبد والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة
لقصور الولاية عنهم **قال** إلا أن يصدقوه لأنه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم

ولا ية على انفسهم ومن اقر بقتل خطأ ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضى عليه
بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضي لان التاجيل من وقت القضاء في الثابت
بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا
قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان
تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على
العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ
يلزمه بقدر حصته لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم قال واذا
جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته قيمته لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا
وفي احد قولي الشافعي تجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت
وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على
ما عرف وفي احد قوليه تتحمله العاقلة كما في الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا ان القاتل اذا لم
يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص من
بعض بذلك ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال
وعن ابي حنيفة رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب الدية على القاتل
لانه بدل متلف والاتلاف منه الا ان العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر
فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه لان نسبه
ثابت منها دون الاب فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب
في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية
واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان

بالكتابة ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من اجزاء حيوته فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الآمر ان ثبت باقراره في ثلاث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الآمر او على عاقلته لان الدية تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضي الله عنه وههنا عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة والاصل الذي تخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب امر حادث لم تنتقل جنايته عن الاول قضي بها او لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضي بها على الثانية وكذا اذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل متأملا يمكنه التخريج فيما يرد عليه من النظائر والاضداد والله اعلم بالصواب

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال

مالكيته ولو اضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا

استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بامله مقصر فى عمله فاذا عرض له المرض و

خاف البيات يحتاج الى تلافى بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه

يتحقق مقصده المآلى ولو انهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالى وفى شرع الوصية ذلك

فشرعناه ومثله فى الاجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما فى

قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين

والسنة وهو قول النبى عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم فى آخر اعماركم زيادة

لكم فى اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح

للاجنبى فى الثلث من غير اجازة الورثة لما روينا وسنبين ما هو الافضل فيه ان شاء الله تعالى

قال ولا تجوز بما زاد على الثلث لقول النبى عليه السلام فى حديث سعد بن ابى وقاص رضى الله عنه الثلث والثلث

كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو

استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره فى حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك

تقصيره على ما بيناه واظهره فى حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من

الايثار على ما نبينه وقد جاء فى الحديث الحيف فى الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة

على الثلث وبالوصية للوارث قال الا ان يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم

وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم فى حال حياته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت

فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا

عنه لان الساقط متلاش غاية الامر انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر

فى حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت

مجرد الحق فلو استند من کل وجه ینقلب حقیقة قبله والرضا ببطلان الحق لا یکون رضا ببطلان
الحقیقة وکذلک ان کانت الوصیة للوارث واجازت البقیة فحکمه ما ذکرناه وکل ما جاز
باجازة الوارث یتملکه المجاز له من قبل الموصی عندنا وعند الشافعی رح من قبل الوارث والصحیح
قولنا لان السبب صدر من الموصی والاجازة رفع المانع ولیس من شرطه القبض وصار کالمرتهن
اذا اجاز بیع الراهن قال ولا تجوز للقاتل عامدا کان او خاطئا بعد ان کان مباشرا لقوله علیه السلام
لا وصیة للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله تعالی فیحرم الوصیة کما یحرم المیراث وقال الشافعی رح
تجوز للقاتل وعلی هذا الخلاف اذا اوصی لرجل ثم انه قتل الموصی تبطل الوصیة عندنا وعنده
لا تبطل والحجة علیه فی الفصلین ما قلناه ولو اجازتها الورثة جاز عند ابی حنیفة ومحمد رح وقال
ابو یوسف رح لا تجوز لان جنایته باقیة والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة
لان نفع بطلانها یعود الیهم کنفع بطلان المیراث ولانهم لا یرضونها للقاتل کما لا یرضونها
لاحدهم قال ولا تجوز لوارثه لقوله علیه السلام ان الله تعالی اعطی کل ذی حق حقه الا لا وصیة
للوارث ولانه یتاذی البعض بایثار البعض ففی تجویزه قطیعة الرحم ولانه حیف بالحدیث
الذی رویناه ویعتبر کونه وارثا او غیر وارث وقت الموت لا وقت الوصیة لانه تملیک مضاف
الی ما بعد الموت وحکمه یثبت بعد الموت والهبة من المریض للوارث فی هذا نظیر الوصیة
لانها وصیة حکما حتی تنفذ من الثلث واقرار المریض للوارث علی عکسه لانه تصرف فی الحال فیعتبر
ذلک وقت الاقرار قال الا ان یجیزها الورثة ویروی هذا الاستثناء فیما رویناه ولان الامتناع
لحقهم فتجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض تجوز علی المجیز بقدر حصته لولایته
علیه وبطل فی حق الراد قال ویجوز ان یوصی المسلم للکافر والکافر للمسلم فالاول لقوله تعالی لا ینهاکم
الله عن الذین لم یقاتلوکم فی الدین الایة والثانی لانهم بعقد الذمة ساووا المسلمین فی

المعاملة ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحيوة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير
الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية قال

وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال حيوته او ردها فذلك باطل لان
اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال

ويستحب ان يوصى الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة
القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة
ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون
فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم
الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا وان كانوا اغنياء او يستغنون
بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى
اولى لانه يبتغي بها وجه الله تعالى وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة
وهو الصدقة او الصلة فيخير بين الخيرين قال والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر
وهو احد قولي الشافعي هو يقول الوصية اخت الميراث اذ كل خلافة لما انه انتقال ثم
الارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا
لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله
اما الوراثة خلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول

قال الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى
به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان الملك موقوف على
القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية

من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقفت لحق الموصى
له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة

قال ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية
لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدأ بالاهم فالاهم الا

ان تبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها

قال ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي رح تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله
عنه اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في
نيل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله
غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد
بالحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب
بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى
ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصيه وان كان يتفق نافعا
في بعض الاحوال وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا
قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق والعتاق
بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه

قال ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة رح
لا تصح وعندهما تصح ردها الى مكاتب يقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق
فملك والخلاف فيها معروف عرف في موضعه قال وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل
من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله

خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته الا انه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة فلان تصح في الموجود اولى قال ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه منه اذ لا فرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه وقد مر في البيوع قال

ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع

قال واذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بالسمن والدار يبني فيها الموصي والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف في التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع العين الموصى به ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا

وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى اصلا ايضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا قال ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد رح وقال ابو يوسف رح يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا ولمحمد رح ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا او لان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام وربوا لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فيبقى للاول ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت والله اعلم

باب الوصية بثلث المال

قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لانه يضيق الثلث عن حقيهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في

سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما و
ان اوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد منهما
يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في اصحاب
الديون فيجعل الاقل سهما والاكثر سهمين فصار ثلاثة اسهم سهم لصاحب الاقل
وسهمان لصاحب الاكثر وان اوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة
فالثلث بينهما على اربعة اسهم عندهما وقال ابو حنيفة الثلث بينهما نصفان
ولا يضرب ابو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم
المرسلة لهما في الخلافية ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وا
امتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة واختيها
وله ان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ لها
بحال فيبطل اصلا والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة
في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال
سعة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا
اوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال
فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد
مالا آخر تبطل الوصية وفي الالف المرسلة اذا هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن
متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال واذا اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو اوصى بمثل
نصيب ابنه جاز لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء
غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر يجوز في الاول ايضا نظرا الى الحال والكل

ماله فيه وجوابه ما قلنا قال ومن اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان

ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند ابى حنيفة رح وقالا له

مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان تجيز الورثة لان السهم يراد به احد سهام

الورثة عرفا لاسيما فى الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد

عليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله ان السهم هو السدس هو المروى

عن ابن مسعود رضى الله عنه وقد رفعه الى النبى عليه السلام فيما يروى ولانه يذكر و

يراد به السدس فان اياسا قال السهم فى اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم

من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا قالوا هذا كان فى عرفهم وفى عرفنا السهم كالجزء

قال ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل

والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصى فاليهم البيان قال

ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس او فى مجلس آخر له ثلث مالى

واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالى لفلان

ثم قال فى ذلك المجلس او فى غيره سدس مالى لفلان فله سدس واحد لان السدس ذكر معرفا

بالاضافة الى المال والمعرفة اذا اعيدت يراد بالثانى عين الاول هو المعهود فى اللغة قال ومن اوصى

بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقى ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقى من

ماله فله جميع ما بقى وقال زفر له ثلث ما بقى لان كل واحد منهما مشترك بينهم

والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقى عليها وصار كما اذا كانت

اجناسا مختلفة ولنا ان فى الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم فى الواحد ولهذا يجرى فيه

الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها فى الواحد الباقى وصارت الدراهم

كالدراهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما قال ولو اوصى

بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق

الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس

واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع جبرا با

ولو اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة

وقيل هذا على قول ابي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل

لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول اشبه للفقه المذكور

قال ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى

له لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكل

ما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين

بخس في حق الورثة لان للعين فضلا على الدين لان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير

مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما ذكرنا قال ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو

ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا

اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده

صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان

راضيا بكل الثلث للحي وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف

الثلث لان قضية هذا اللفظ ان يكون لكل واحد منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى

ان من قال ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت

لم يستحق الثلث قال ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند

الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود
المال عند الموت لا قبله وكذلك اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو اوصى له
بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته اولم يكن له غنم فى الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا انه ايجاب
بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواتها
عند الموت فان لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كا
بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر
قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالى وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما اضافه
الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد فى مطلق المال ولو اوصى
بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافته الى المال وبدونها تعتبر
صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس فى ملكه شاة علم ان مراده المالية
ولو قال شاة من غنمى ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة
حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل

قال ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة اسهم من خمسة
اسهم قال رضى الله عنه وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف وعن محمد انه يقسم على سبعة اسهم لهن
ثلاثة ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان و
فسرناهما فى الزكوة لمحمد ان المذكور لفظ الجمع وادناه فى الميراث اثنان نجد ذلك فى القرآن فكان من
كل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد
به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد
فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلاث قال ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين

فنصفه لفلان و نصفه للمساكين عندهما وعند محمد ثلثه لفلان و ثلثاه للمساكين
لو اوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء
على ما بيناه قال ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك
معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل بما قلنا
لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربع مائة و
لآخر بمائتين ثم كان الاشراك لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين
فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال
ومن قال لفلان علىّ دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث
وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا
يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر
اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة
وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون
مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا
جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث
دون الزيادة قال وان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة
لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم
وفي الافراز فائدة اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر الد خصاما
وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير
منازعة واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما

مشتملة لان هذا دين في حق المستحق ووصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا في النصيبين فيؤخذ من اصحاب الثلث ثلث ما اقروا والورثة ثلثا ما اقروا تنفيذا للاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قال ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء وبما لا يملك فصح في الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي ايضا لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فتصح في حق من يستحقه منهما اما الاقرار فاخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا قال ومن كان له ثلاثة اثواب جيد ووسط ورديء فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدرى ايها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل قال الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون لان

صاحب الجيد لا حق له في الردي بيقين لانه اما ان يكون وسطا او رديا ولا حق له فيهما

وصاحب الردي لا حق له في الجيد الباقي بيقين لانه اما ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له

فيهما ويحتمل ان يكون الردي هو الردي الاصلي فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد

وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردي فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه

ضرورة قال واذا كانت الدار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم

فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله

وعند محمد رح نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا

عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح مثل ذرع نصف البيت له انه اوصى بملكه وبملك

لان الدار بجميع اجزائها مشتركة فينفذ الاول ويوقف الثاني وهو ان ملكه بعد ذلك بالقسمة

التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا

اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف

البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى

به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا

بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع

على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر

انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع

بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه

ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على

القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير كان البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الآخر

تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه اولان مراد الموصي
من ذكر البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده ما امكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه
جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك وان وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير او لانه
اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما اذا علق
عتق الولد وطلاق المرأة باول ولد تلده امته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق
ولد حي ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة
اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم
للموصى له وهذا عند محمد فيضرب الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار
سوى البيت وهو خمسة واربعون فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم
على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة واربعين فتصير السهام
احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية اقرار قيل هو على الخلاف وقيل
لا خلاف فيه لمحمد والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره
ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه
من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال ومن اوصى من مال رجل لآخر بالف بعينه
فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو جائز وله ان يمنع لان هذا تبرع بمال الغير
فيتوقف على اجازته واذا اجاز يكون تبرعا منه ايضا فله ان يمتنع من التسليم بخلاف
ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها
ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي
قال واذا اقتسم الابنان تركة الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان

٥٤٧

المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان انه اقر بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة مثلاه ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به ايضا فيأخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث

قال ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد رح وقال ابو حنيفة رح يأخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذه من الولد وفي الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستمائة درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع

غاية البيان

لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاماً صحيحاً فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة
مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون
ذكره وان كان فاسداً هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له
لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة **فصل** في اعتبار حالة الوصية **قال**

واذا اقر المريض لامرأة بدين او اوصى لها بشيء او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار
وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية عند صدوره و
لهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة الصحة او في حالة المرض الا
ان الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية
للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكماً لان حكمها
يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث

قال واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته
بطل ذلك كله اما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده او
بعده والاقرار وان كان ملزماً بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار
فيعتبر في ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي طارئة حتى
لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار
لقيام السبب حال صدوره وكذا لو كان الابن عبداً او مكاتباً فاعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب
الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه اقرار له وهو
ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة فيروى انها تصح لانها تمليك
في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح **قال** والمقعد

والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع
المال لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار
صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وان وهب عندما اصابه ذلك ومات من
ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله اعلم

باب العتق في مرض الموت

قال ومن اعتق في مرضه عبدا او باع وحابى او وهب فذلك كله جائز وهو معتبر
من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد
الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت
وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتدأ المريض
ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل
ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بحال الاضافة
دون حال العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فمن جميع
المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق
لاحد في ماله قال وان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة رح
وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين والاصل فيه ان الوصايا
اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم
البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة
في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي
في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه انفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة

الموصي وغيره لا يلحقه وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي واذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة رح اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى بكل حال قال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة وان كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقالا يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا اشبه قال ومن ترك ابنين و

ومائة درهم وعبدا قيمته مائة وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك
لم يسع في شيء لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من
الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه قال ومن اوصى
بعتق عبده ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما ان
ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذلك على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته
الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا
باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين
التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية

قال ومن اوصى بثلث ماله لآخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد
فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء
للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الموصى له
يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية
ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكره لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية والعتق
في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا والقول قول المنكر مع اليمين
لان العتق حادث والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث
فيكون القول قوله مع اليمين الا ان يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيه او
تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه

قال ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال صدقتما
فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة رح وقالا يعتق ولا يسعى في شيء لان الدين والعتق

في الصحة ظهرا معًا بتصديق الوارث في كلام واحد فصار كانهما كانا معًا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاسناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانًا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال الآخر كانت معه الف درهم وديعة فعندنا الوديعة اقوى وعندهما هما سواء

فصل

قال ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي انه يبتدئ بالزكوة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية عنه انه يقدم الحج وهو قول محمد وجه الاولى انهما وان استويا في الفرضية فالزكوة تعلق بها حق العباد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرًا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يات في الكفارة والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض

قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث

يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضاء الله تعالى فكل واحد في نفسها مقصود فينفرد كما ينفرد وصايا الآدميين

قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لانه الواجب لله تعالى عليه من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه قال

فان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله فيبتدأ من ذلك المكان كانه من اهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب والله اعلم

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه

الى الجميع فيصرف الى اخص الخصوص هو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون
جيرانا عرفا وقد تايد بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد وفسّر
بكل من سمع النداء ولان المقصود من الجيران استحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا
انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي في الجوار الى اربعين دارا
بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم
والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما
لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم
محرم من امرأته لما روي ان النبي عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من
ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عليه السلام وهذا التفسير
اختيار محمد وابي عبيدة وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه
وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه او
في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية وان كانت في عدة من طلاق بائن
لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت قال ومن اوصى
لاختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا محارم الازواج لان الكل يسمى ختنا
قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب
والابعد لان اللفظ يتناول الكل قال ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب
من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون ذلك للاثنين فصاعدا
وهذا عند ابي حنيفة وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب الى اقصى اب له في الاسلام
وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه

المشايخ رح وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب فإنه أدرك الإسلام ولم يسلم
لهما أن القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف
وله أن الوصية أخت الميراث وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب والمراد بالجمع المذكور
فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصد من هذه الوصية تلافي ما فرط في إقامة
واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فإنهم لا يسمون
أقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لأن القريب في عرف اللسان من يتقرب
إلى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ
بعد انعقاد الإجماع على تركه فعنده يتقيد بما ذكرناه وعندهما بأقصى الأب في الإسلام

عند الشافعي رح بالأب الأدنى قال وإذا أوصى لأقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه
عنده اعتبارا للأقرب كما في الإرث وعندهما بينهم أرباعا إذ هما لا يعتبران الأقرب

ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين لأنه لا بد من اعتبار معنى
الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته حيث
يكون للعم كل الوصية لأن اللفظ للفرد فيحوز الواحد كلها إذ هو الأقرب ولو كان له عم واحد
فله نصف الثلث لما بيناه ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما
بالسوية لاستواء قرابتهما وهي أقوى والعمة وإن لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية
كما لو كان القريب رقيقا أو كافرا وكذا إذا أوصى لذوي قرابته أو لأقربائه أو لأنسبائه
في جميع ما ذكرنا لأن كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لأنها مقيدة

بهذا الوصف قال ومن أوصى لأهل فلان فهي على زوجته عند أبي حنيفة رح وقالا يتناول
كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى وأتوني بأهلكم

اجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة ولو اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه وجده لان الاب اصل البيت ولو اوصى لاهل نسبه او لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الام والاب ولو اوصى لايتام بني فلان او لعميانهم او لزمناهم او لاراملهم ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث في قول ابي حنيفة رح اول قوله وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم قال ومن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والانثى فيه سواء

لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر
مثل حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بان قصده التفضيل كما في
الميراث ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة وقال
الشافعي في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر انه يوقف حتى
يصالحوا له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهة
مختلفة لان احدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ
واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل
لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل
مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت
فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابي يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم
ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبيل الموت
عند تحقق عجزه ولو كان له موال واولاد موال وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه
واولادهم دون موالي الموالاة وعن ابي يوسف انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم
يتناولهم على السواء ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالي عقد الالتزام
والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف
مواليه واولادهم لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه وبخلاف ما اذا لم يكن له موال
ولا اولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له
معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة و
المجاز ولا يدخل فيه موالي اعتقهم ابنه او ابوه لانهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم

ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء والله اعلم بالصواب

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك ابدا لان المنافع يصح تمليكها في حالة الحيوة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز موقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها في المعنى يشملهما قال فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا تزاحمه الورثة وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا تمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان تجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول هو الاعدل اولى وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه قال فان مات الموصى له عاد الى الورثة لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع

على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداءً من ملك الموصي من غير
مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له في حيوة الموصي بطلت لان ايجابها تعلق بالموت
على ما بيناه من قبل ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها
بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة
دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه
بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له
بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد او الدار وقال الشافعي له ذلك لانه بالوصية ملك
المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل او غير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها
اباحة على اصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك
تمليكه ببدل اعتبارًا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل في حالة الحيوة على اصلنا ولا يملك المستعير
الاجارة لانها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه ان التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم
ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا ان الرجوع للمتبرع لا
لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع اما هو في وضعه فغير لازم ولان
المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقًا
للمساواة في عقد المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعًا لملك الرقبة او لمن
يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكًا لها بالصفة التي تملكها اما اذا تملكها مقصودًا بغير
عوض ثم ملكها بعوض كان مملكًا اكثر مما تملكه معنًى وهذا لا يجوز وليس للموصى له
ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه

الى اهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف من
مقصود الموصي فاذا كانوا في مصر فمقصوده ان يمكنه من خدمته فيه بدون ان يلزمه
مشقة السفر واذا كانوا في غيره فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة
عبده او بغلة داره يجوز ايضا لانه بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به
كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم او دنانير فكان بالجواز اولى ولو لم يكن له مال غيره
كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء فلو اراد الموصى له
قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك وذكر في
عن ابي يوسف رح فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ان يقاسم فكذلك للموصى له
الا انا نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة اذ هو
المطالب ولا حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو
اوصى لرجل بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة
والخدمة عليها لصاحب الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا
منه لاحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب
الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له
فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر اذ الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك يثبت
فيهما بعد الموت ولها نظائر وهو ما اذا اوصى بامة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج
من الثلث او اوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه او قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر
لفلان كان كما اوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها اما اذا فصل
الايجابين عن الآخر فيما قدمنا فكذلك الجواب عند ابي يوسف رح وعلى قول محمد الامة للموصى له بها

فالحلقة بينهما نصفان وكذلك فى اخواتها لابى يوسف ان بايجابه فى الكلام الثانى
تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه
وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم شيئا فى حال حيوة الموصى فكان البيان المفصول فيه
والموصول سواء كما فى وصية الرقبة والخدمة ولهما ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص
وكذلك اسم الجارية يتناولها وما فى بطنها واسم القوصرة كذلك وهذا لان العام
الذى موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع فى الفص وصيتان
وكل منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية فيه
للثانى رجوعا عن الاول كما اذا اوصى للثانى بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة
لا يتناول الخدمة وانما يستحقها الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا اوجب
لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص و
الاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص قال ومن اوصى

لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستانى

ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه فله
الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة
زائدة مثل التنصيص على الابد لانه لا يتابد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا
اما الغلة تنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان ياكل من
غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا اطلقت تتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة
اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف الى الدليل الزائد قال

ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او بلبنها ثم مات فله ما فى بطونها من الولد

وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يابى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم واختاه فلا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا تستحق بعقد ما فكذلك لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية والله اعلم بالصواب

باب وصية الذمي

قال واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلا تصح عندهما قال ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه اذا اوصى ان تبنى داره بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة رح وقالا الوصية باطلة لان هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية ولابي حنيفة رح ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون فتجوز بناء على اعتقادهم الا يرى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة رح بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني

وانما يزول ملكه بان يصير محرزًا خالصًا لله تعالى كما فى مساجد المسلمين والكنيسة
لم تصر محرزة لله تعالى حقيقة فيبقى ملكًا للبانى فتورث عنه ولانهم يبنون فيها
الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لتعلق حق العباد به وفى هذه الصورة يورث المسجد ايضا لعدم
تحرره بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه فى غير ما هو
قربة عندهم فيبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا
الذمى على اربعة اقسام منها ان تكون قربة فى معتقدهم ولا تكون قربة فى حقنا وهو
ما ذكرناه وما اذا اوصى الذمى بان تذبح خنازيره وتطعم المشركين وهذه على الخلاف
اذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون قربة
فى حقنا ولا يكون قربة فى معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبنى مسجد للمسلمين او
بان يسرج فى مساجد المسلمين فهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارًا لاعتقادهم الا اذا
كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكًا لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها اذا اوصى
بما يكون قربة فى حقنا وفى حقهم كما اذا اوصى بان يسرج فى بيت المقدس او يغزى الترك
وهو من الروم وهذا جائز سواء كان لقوم باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قربة
حقيقة وفى معتقدهم ايضًا ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة لا فى حقنا ولا فى حقهم كما اذا
اوصى للمغنيات والنائحات فان هذا غير جائز لانه معصية فى حقنا وفى حقهم الا ان يكون لقوم
باعيانهم فيصح تمليكًا واستخلافًا وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو فى حق الوصية بمنزلة المسلمين
لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف
المعروف فى تصرفاته بين ابى حنيفة وصاحبيه رحمهم الله وفى المرتدة الاصح انه تصح وصاياها
لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم قال واذا دخل الحربى دارنا بامان فاوصى لمسلم

او ذمي بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا ينفذ باجازتهم
وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمة ماله
باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت
الوصية ويرد الباقي على ورثته وذلك من حق المستامن ايضا ولو اعتق عبدا عند
موته او دبر عبدا في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذا لك لو
اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة
الذمي ولهذا تصح عقود التمليكات منه في حال حيوته ويصح تبرعه في حيوته فكذا بعد
مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه لا يجوز لانه مستامن من اهل الحرب اذ هو
على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالجزية ولو اوصى الذمي
باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات
ولو اوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي في
دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته والله اعلم

باب الوصي وما يملكه

قال ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد لان الميت مضى لسبيله
معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حيوته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد
رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا غرور
هنا لانه حي قادر على التصرف بنفسه فان ردها في وجهه فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه
لانه يمكنه ان ينيب غيره وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي
ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة

الا لتزام والقبول هو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي سواء علم بالوصاية
او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص
بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة
اما التوكيل انابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه كاثبات الملك
بالبيع والشراء وقد بيّنا طرفي العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب وان لم يقبل حتى
مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه من الوصاية
حين قال لا اقبل لان مجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر
الوصي في الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية
يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر
ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه
فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه فلو قال بعد اخراج القاضي اياه
اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي قال ومن اوصى
الى عبد وكافر وفاسق اخرجهم القاضي عن الوصاية ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير
الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه
في جميع هذه الصور ان الوصية ستبطل وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته وعدم
استبداده وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه
الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا و
ولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من
الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام

الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي من الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر لان شرط
في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره
قال ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع
نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته وان كانوا صغارا
كلهم فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة رح ولا تجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد رح
مضطرب يروى مرة مع ابي حنيفة وتارة مع ابي يوسف وجه القياس ان الولاية منعدمة
لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان
الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا
نقض الموضوع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه
ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه
ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة رح او نقول يصار اليه
كيلا يؤدي الى ابطال اصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى قال ومن اوصى الى من يعجز
عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر
يحصل بضم الآخر اليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر باعانة غيره ولو شكى الوصي اليه
ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه و
اذا ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا
على التصرف امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه كان
مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى
ان يقدم على غيره وكذا اذا شكى الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له ان

يعزله حتى يبدو له منه خيانة لأنه استفاد الولاية من الميت غير أنه إذا ظهرت
الخيانة فالميت إنما نصبه وصياً لأمانته وقد فاتت ولو كان في الأحياء لأخرجه منها
فعند عجزه ينوب القاضي منابه كأنه لا وصي له قال ومن أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما
أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه إلا في أشياء معدودة نبينها إن شاء
الله تعالى وقال أبو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء لأن
الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا تتجزى فيثبت لكل منهما كملاً كولاية
الإنكاح للأخوين وهذا لأن الوصاية خلافة وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه
الذي كان ثابتاً للموصي وقد كان بوصف الكمال ولأن اختيار الأب إياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما
بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى
وصف التفويض وهو وصف الاجتماع إذ هو شرط مفيد وما رضي الموصي إلا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى
بخلاف الأخوين في الإنكاح لأن السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل منهما كملاً ولأن الإنكاح
حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بإنكاحها من كفء يخطبها يجب عليه وههنا
حق التصرف للوصي ولهذا يبقى مخيراً في التصرف ففي الأول أوفى حقاً على صاحبه فصح وفي الثاني
استوفى حقاً لصاحبه فلا يصح أصله الدينان الدين عليهما ولهما
بخلاف الأشياء المعدودة لأنها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة
أبداً وهي ما استثناه في الكتاب وأخواتها فقال إلا في شراء كفن الميت وتجهيزه لأن في التأخير
فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لأنه يخاف موتهم جوعاً
وعرياً ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء فاسداً وحفظ الأموال
وقضاء الديون لأنها ليست من باب الولاية فإنه يملكه المالك وصاحب الدين

إذا تلف بحبس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الإعانة ولأنه لا يحتاج
فيه إلى الرأي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي والخصومة
في حق الميت لأن الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين وقبول الهبة لأن في
التأخير خيفة الفوات ولأنه يملكه الأم والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية وبيع ما يخشى عليه التوى
والتلف لأن فيه ضرورة لا تخفى وجمع الأموال الضائعة لأن في التأخير خشية الفوات ولأنه يملكه كل من وقع
في يده فلم يكن من باب الولاية وفي الجامع الصغير وليس لأحد الوصيين أن يبيع أو يتقاضى والمراد بالتقاضي الاقتضاء
كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لأنه رضي بأمانتهما جميعا في القبض ولأنه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف
الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو أوصى إلى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة
الوكيلين إذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا لأنه لما أفرد فقد رضي برأي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين
واحد لأن وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لأن الوكالة تتعاقب فإن مات أحدهما
جعل القاضي مكانه وصيا آخر أما عندهما فلأن الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم
القاضي إليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند أبي يوسف رحمه الله الحي منهما وإن كان يقدر على التصرف
فالموصي قصد أن يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصي آخر مكان الميت
ولو أن الميت منهما أوصى إلى الحي فللحي أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما إذا أوصى
إلى شخص آخر ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصي آخر لأن رأي الميت باق حكما برأي من يخلفه
وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا ينفرد بالتصرف لأن الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما إذا أوصى
إلى غيره لأنه ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضيه المتوفى وإذا مات الوصي وأوصى إلى آخر فهو
وصيه في تركته وتركة الميت الأول عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يكون وصيا في تركة الميت الأول
اعتبارا بالتوكيل في حالة الحياة والجامع بينهما أنه رضي برأيه لا برأي غيره ولنا أن الوصي يتصرف بولاية

منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا يرى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد قائم مقام الاب حتى انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه

قال ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة

قال فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا

قال وان كان الميت اوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع في يده وقال ابو يوسف ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي ولو افرز الموصي بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا اذا افرز

وصيه الذي قام مقامه ولابي يوسف ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها فيما بقي من محلها واذا
لم يبق بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة ان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تأدية
الحج فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي وكان تمامها بالتسليم الى الجهة
المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها قال ومن اوصى
بثلث الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة لان الوصية
صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا
لاسيما في حق الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو هلك
وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال واذا باع الوصي عبدا من التركة
بغير محضر من الغرماء فهو جائز لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز
بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق
الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف
العبد المديون لان للغرماء حق الاستسعاء اما ههنا فبخلافه قال ومن اوصى بان
يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد
ضمن الوصي لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل
الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده
ويرجع فيما ترك الميت لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابوحنيفة يقول اولا لا يرجع لانه
ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم
الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين
يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي او امينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القا

تعطيل القضاء اذ يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة
العامة وامينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب
القضاء فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين آخر

قال وان قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق
العبد رجع في مال الصغير لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة
باستحقاق ما اصابه قال واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان
يكون املأ اذ الولاية نظرية وان كان الاول املأ لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه

قال ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف
اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون
والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رح لانهم يتصرفون بحكم المالكية
والاذن فك الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر
وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من
اهله واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة
لان ذلك احوط ولو كتب جملة عسى ان يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل
فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان ابن فلان ولا يكتب من فلان
وصي فلان لما بينا وقيل لا باس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا قال وبيع الوصي على الكبير
الغائب جائز في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان
القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الا انا استحسناه
لما انه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ اما العقار فمحصن

بنفسه قال ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال ابو يوسف ومحمد رح
وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي
العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب
الحفظ فكذا وصيهم قال والوصي احق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي رح الجد احق لان
الشرع اقامه مقام الاب حال عدمه حتى احرز الميراث فيتقدم على وصيه ولنا ان بالايصاء
تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختياره
الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه فان لم يوص الاب
فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى ملك الانكاح دون الوصي غير انه
يقدم عليه وصي الاب في التصرف لما بيناه

فصل في الشهادة

قال واذا شهد الوصيان
ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا
لانفسهما قال الا ان يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا
من التهمة ووجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء او ضم آخر اليهما برضائه
بدون شهادتهما فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب
القاضي قال وكذلك الابنان معناه اذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهو ينكر لانهما
يجران الى انفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشيء
من مال الميت او غيره فشهادتهما باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به
قال وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز وان كان في غير مال الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا ان شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة
اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله انه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول

عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي
الأب عنه لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها **قال** وإذا شهد رجلان لرجلين
على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للأولين بمثل ذلك جازت شهادتهما وإن كانت شهادة
كل فريق للآخرين بوصية ألف درهم لم تجز وهذا قول أبي حنيفة رح ومحمد رح وقال أبو يوسف رح
لا تقبل في الدين أيضا وأبو حنيفة رح فيما ذكر الخصاف مع أبي يوسف رح وعن أبي يوسف رح مثل
قول محمد رح وجه القبول أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع
أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة
إذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت
الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حيوة المديون لأنه في الذمة
لبقائها لا في المال فلا يتحقق الشركة **قال** ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته
وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق
لأنه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود
لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذا إذا شهدا أن الميت
أوصى لهذين الرجلين بالعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى للأولين بثلث ماله فهي
باطلة لأن الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة

كتاب الخنثى

فصل في بيانه قال إذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فإن كان يبول من الذكر
فهو غلام وإن كان يبول من الفرج فهو أنثى لأن النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال
من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولأن البول من أي عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو

٥٨٣

الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة اخرى
انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة رح
وقالا ينسب الى اكثرهما بولا لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر
حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليس تدل على القوة لانه
قد يكون للاتساع في احدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل
بالاتفاق لانه لا مرجح قال واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية او وصل الى النساء فهو رجل
وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران
ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول
اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات النساء وان لم يظهر احدى هذه العلامات
فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم واصل آخر في احكامه الاصل في الخنثى المشكل
ان يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته
قال واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال
كيلا تفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فيفسد صلوته فان قام في صف النساء فاحب
الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال فصلوته تامة ويعيد الذي
عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلوتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة قال
واحب الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امرأة ويجلس في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان
رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة ولو كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب
ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزأه
وتبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة ويكره

۵۷۴

ان يختنه رجل لانه عساه انثى او تختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا

وان لم يكن له مال ابتاع له الامام امة من بيت المال لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا ختنته
باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له في حيوته لبس الحلي والحرير و
ان ينكشف قدام الرجال او قدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة او يسافر من
غير محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف لا علم لي في لباسه
لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد يلبس لباس المرأة
لان ترك لبس المخيط وهي امرأة افحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ ومن
حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلده غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين
امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك
خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا وان قال القولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين
لانه ليس بمهمل وان قال الخنثى انا رجل او انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى
يخالف قضية الدليل وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره وان
مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امرأة لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال و
النساء فيتوقى لاحتمال الحرمة وييمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل
رجل ولا امرأة لاحتمال انه ذكر او انثى وان سجي قبره فهو احب لانه ان كان انثى يقيم واجبا
وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره واذا مات فصلي عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل
مما يلي الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال انه امرأة
ويقدم على المرأة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف
الرجل لاحتمال انه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى

لاحتمال انه رجل وان كان يحمل على السرير تنعش المرءة فهو احب الي لاحتمال انه عورة ويكفن كما يكفن الجارية وهو احب الي يعني يكفن في خمسة اثواب لانه اذا كان انثى فقد اقيمت سنته وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلث ولا بأس بذلك ولو مات ابوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند ابي حنيفة رح اثلاثا للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك وقال الخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي واختلفوا في قياس قوله قال محمد رح المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف رح المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلاثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلاثة وذلك يضرب باربعة فيكون سبعة ولمحمد رح ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان انثى يكون المال بينهما اثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث واقل ذلك ستة ففي حال المال يكون بينهما نصفين لكل واحد منهما ثلاثة وفي حال اثلاثا للخنثى سهمان وللابن اربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك في السهم الزائد فيتنصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فاضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي حنيفة رح ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فاثبتنا المتيقن به قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك وصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يؤخذ فيه بالمتيقن به كذا هذا الا ان يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون الورثة زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى او امرءة واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى فصدر في الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمرءة

الربع وللاخرين لام الثلث و الباقي للخنثى لانه اقل النصيبين فيهما والله اعلم بالصواب

مسائل شتى

واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له انشهد عليك بما في هذا الكتاب فأومأ براسه اي نعم او كتب

فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي يجوز

في الوجهين لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلي والعارضي كالوحشي والمتوحش من الاهلي

في حق الذكاة والفرق لاصحابنا رحمهم الله ان الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة معلومة وذلك في

الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس

ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه ولان

العارضي على شرف الزوال دون الاصلي فلا يتقاسان وفي الآبدة عرفناه بالنص **قال** واذا كان الاخرس

يكتب كتابا او يومي ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ويقتص له

ومنه ولا يحد ولا يحد له اما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا الا ترى ان النبي عليه السلام

ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز وهو في الاخرس اظهر

والزم ثم الكتابة على ثلث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا

ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق الاشجار وينوى فيه لانه بمنزلة صريح الكناية فلا بد

من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم

واما الاشارة فجعلت حجة في حق الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد

ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد تثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجة الى الحدود

لانها حق الله تعالى ولانها تندرئ بالشبهات لعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد ايضا بالاشارة

في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان الحد لا يثبت ببيان فيه

شبهة الا ترى انهم لو شهدوا بالوطي الحرام او اقر بالوطي الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر مطلق

القتل وجب القصاص ولكن لو جاء بلفظ التعمد هذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا
فجاز ان يثبت مع الشبهة كساير المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخالصة لله تعالى شرعت
زواجر ليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من
الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب هكذا في الاشارة فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون
مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغائب في الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر
الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف
ما توهمه بعض اصحابنا رح انه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة
لانه جمع ههنا بينهما فقال اشار او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة
زيادة بيان لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة امر لم يوجد في الكتابة لما انه اقرب الى
النطق من آثار الاقلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما او يومين بعارض لما بينا في المعتقل
لسانه ان آلة النطق قائمة وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان قال واذا كان الغنم مذبوحة وفيها
ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يوكل وهذا اذا كانت
الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة فالتي
تحتمل ان تكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال
الشافعي رح لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير
ضرورة ولا ضرورة لان الحالة حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى
ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل
لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع عنه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف
بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة فيه والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

خاتمة الطبع حامدًا ومصليًا يقول العبد الفتاق الى رحمة ربه القوي الغني **محمد عبد الحي** الانصاري اللكنوي ابن البحر القمقام
العلامة الهمام الحافظ الحاج مولانا **محمد عبد الحليم** ابره الله الكريم ان الهداية شرح البداية يعتني بتحصيلها
المحصلون ويعتمد على رواياتها المحققون وهو كتاب تحت صخور عباراته جواهر نفيسة ودقائقها تحت حجب الاستار
ستيرة فامتثالا لامر المخلص المكرم والخليق الاعظم المبرء عن الشين المولوي **خادم حسين** العظيم آبادي
سلمه الله ذو الايادي صححت اولا نسخة بمقابلة سبعة من النسخ المصححة المطبوعة والقديمة بالقلم المكتوبة عمدتها
نسخة يتبرك العلماء بزيارتها وهي قد نسخت بيد امام الكملاء مهبط الفيض الازلي مولانا المرحوم الشيخ **عبد الحليم** الانصاري
السهالوي اللكنوي وزينها بالحواشي تكملة للحواشي ابنه استاذ الاساتذة مستند الجهابذة جد جد جد ابي قدوة المحققين مولانا
الشهيد الشيخ **قطب الدين** ولا زالت هي مطرح انظار احفاده واولاده مرة بعد اخرى وكرة بعد اولى مسلسلا الى هذا الحين
فانها تشرفت بنظر ابنه مرجع الاقاصي والاداني سند الكاملين مولانا المرحوم الشيخ **نظام الملة والدين** ثم وصلت الى ابن ابن ابنه
المحقق المدقق جد جد ابي مولانا المرحوم الشيخ **محمد ولي الله** المفتي ثم تشرفت بنظر ابنه البحر المحقق والحاذق المدقق بحر العلوم والجاه جد ابي مولانا
المرحوم المفتي **محمد ظهور الله** ثم وقع عليها نظر حفيده الجامع للعلوم البحر الذاخر جدي مولانا المرحوم المفتي **محمد امين الله** ووصلت الى
غاية ما يتمناه ثم زينها بالحواشي المفيدة والفوائد النفيسة ابنه الوالد العلام والبحر القمقام دام ظله ولما حصل الفراغ من التصحيح
اعتنى بتزيين تلك النسخة بحواشي مفيدة وتعليقات نافعة ولم يلتزم بنقل عبارات الحواشي والشروح بعينها بل كثيرا ما وقع التصرف
باخذ زبدها وملخصها واقتديت في التمييز بين المتن والشرح بالهداية المطبوعة في كلكتة الا في مواضع ظهر الخطاء فيما اطلعوا به
ثم بعد التزيين عرضت تلك بحضرة الوالد القمقام دام فيضه الله المنعام فنظر فيها نظرة وكتب عليها بيده الشريفة
حواشي جليلة الفوائد وفخيمة العوائد فصارت بحمد الله تعالى مما يروق النواظر وكانها بصيرة لارباب البصائر ثم نسخت
منها نسخة وطبعت في المطبعة العلوية صينت عن الفساد بحرمة خير البرية باهتمام ذي المروة والامتنان **محمد علي بخش خان**
سلمه الله المنان وقد بالغ في تصحيح الكافي ومقابلته من النسخة المصححة حين الطبع الفاضل الجليل والعالم النبيل المولوي
محمد معشوق علي سلمه الله العلي والمرجو من خلص الخلان الواقفين بما يقع في الطبع من تغيير الصور والزيادة والنقصان
ان لا ينسبوها الى مزين اصل النسخة بل عليهم ان يذعنوا بان هذا مما يصدر من اهل المطابع من الغفلة ولا بد علينا من
ان نذكر الكتب التي استمددت منها في التحشية مع ذكر الرموز فمن الحواشي والشروح **النهاية** لمولانا حسام الدين الحسين بن علي المعروف
بالسغناقي المتوفى سنة احدى او اربع عشر وسبعمائة بحلب وقيل سنة عشر وسبعمائة وسغناق بكسر السين وسكون الغين المعجمة
بلدة في تركستان كذا في الانتباه ورمزها ن و**الكفاية** للسيد جلال الدين عبد المجيد الخوارزمي ورمزها ك و**شرح** حميد الدين

على بن محمد الضرير البخاري المتوفى سنة سبع وستين وسبعمائة وسماه بالفوائد وشرح قوام الدين محمد بن محمد البخاري الكاكي المتوفى
سنة تسع واربعين وسبعمائة وسماه معراج الدراية الى شرح الهداية وكاكي قيل انه بلغتهم بائع الكعك ونقل عن السمعاني انه قال
اظن انها قرية من قرى بخارى كذا في مفتاح السعادة وشرح تاج الشريعة عمر بن صدر الشريعة الاول عبيد الله المحبوبي سماه نهاية
الكفاية وغاية البيان للشيخ قوام الدين لطف الله امير كاتب بن امير عمر الاتقاني المتوفى سنة ثمان وخمسين وسبعمائة وقيل سنة احدى وعشرين
وسبعمائة واتقان قصبة من قصبات فاراب كذا قيل ورمزها غو والعناية للشيخ اكمل الدين محمد بن محمود بن احمد الرومي البابرتي المتوفى
سنة ست وثمانين وسبعمائة كذا في مفتاح السعادة وحضر في جنازته السلطان ودفن بالشيخونية في مصر وكان علامة متقدما في فنونه اخذ عنه
السيد الشريف الجرجاني كذا قال الشامي وله شرح المشارق وشرح مختصر ابن الحاجب وشرح السراجية وشرح المنار وشرح اصول البزدوي
وغيرها وكانت ولادته في بضع عشر وسبعمائة ورمزها ع وبابرتا بالقصر قرية بنواحي بغداد كذا في الانتباه وشرح
القاضي بدر الدين محمود بن احمد العيني المتوفى سنة خمس وخمسين وثمانمائة ورمزها عيني وفتح القدير للعاجز الفقير
للشيخ كمال الدين ابن الهمام محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم الاسكندري المتوفى سنة احدى وستين وثمانمائة وحضر في جنازته
السلطان وله التحرير في الاصول والمسايرة في العقائد وزاد الفقير في العبادات وكان ولادته تقريبا سنة التسعين وسبعمائة
ورمزها ف ونتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار لزين الدين محمد افندي المتوفى سنة ثلث عشر وتسعمائة ورمزها
نت وربما يكتب نتائج وحاشية الشيخ عبد السلام الاعظمي اللكنوي لديوي اللاهوري المتوفى سنة اثنتين وخمسين
بعد الالف ورمزها اعظمي وحاشية السيد ميرجان الحيدرآبادي ورمزها س وترجمة الهداية باللغة الفارسية ورمزها
ترجمه ومن التفاسير معالم التنزيل والجلالين وغيرهما ومن الكتب الفقهية الاخر شرح الوقاية وذخيرة العقبى ورمزها
چلپى وشرح على القاري على النقاية وجامع الرموز ومجمع الانهر شرح ملتقى الابحر والدر المختار ورد المحتار لابن عابدين ورمزه شامي والدرر
شرح الغرر ومختصر الطحاوي في شرحه للامام الاسبيجابي ومختصر الكرخي ورمزه مخ والكافي شرح الوافي ورمزه كف وتبيين الحقائق
شرح كنز الدقائق للامام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي المتوفى في رمضان سنة ثلث واربعين وسبعمائة كذا في مفتاح السعادة ورمزه تو
شرح الوقاية لعبد الحق سجاول سرهندي ورمزها تو والمصفى والفصول العمادية وفتاوى قاضيخان والمنافع والفتاوى العالمكيرية ومجمع البركات
وغيرها ومن كتب الاصول قمر الاقمار لنور الانوار وغيره ومن كتب اللغات المغرب واصطلاحات السيد الشريف والبرهان القاطع وتاج اللغات
ورمزه تج وغياث اللغات ورمزه غث وتاج المصادر للبيهقي ورمزه تاج والقاموس ورمزه ق ومنتهى الارب ورمزه من وقلما كتب مب
ومنتخب اللغات ورمزه مو والصحاح للجوهري ورمزه صح وكنز اللغات لمحمد بن عبد الخالق بن معروف ورمزه كنز وقلما
كتب غيرها واخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على سيدنا محمد وآله واصحابه اجمعين آمين تمت

حواشی متعلقہ صفحہ ۲ ١٣ قوله لخلوه عن التخ فان قيل سلمنا ان الايجاب بعد ما بقي غير مفيد للحكم وهو الملك لكن غير مفيد فيه في ذلك فان حق التملك يثبت للمشتري بايجاب البائع وهو حق

فلا يكون الرجوع خاليا عن ابطال حق الغير فالجواب بان الايجاب اذا لم يكن مفيد الحكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع وحق التملك للمشتري ان سلم ثبوته بايجاب

البائع لا يمنع الحقيقة لكونها اقوى من ذا الحق لا محالة ولا تنقض بما اذا دفع الزكوة الى الساعي قبيل الحول فان المزكي لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالدفع

لان حقيقة الملك زالت من المزكي فصل الحق عملا لا تعارضا هو اقوى منه ١٣ ع ١٤ قوله وانما يمتد الخ يجوز ان يكون جوابا عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد

القبول بالمجلس ولم لا يبطل الايجاب عقيب خلوه عن القبول او يتوقف على ما وراء المجلس فقرره ان في الابطال قبل انقضاء المجلس عسرا بالمشتري وفي بقائه

فيما وراء المجلس عسرا بالبائع وفي التوقف على المجلس يسر بهما جميعا ١٣ ع ١٥ قوله لان المجلس الخ يعني ان المشتري يحتاج الى التأمل فيعتبر ذلك الى انه هل يقبله

ام لا والمجلس جامع للمتفرقات الا ترى بانه لو كرر آية السجدة في مجلس واحد تجب سجدة واحدة فجعلت ساعات المجلس ساعة واحدة فكان تمام المجلس بمنزلة ساعة

واحدة هي عقيب الايجاب وقيل المراد بالمتفرقات الساعات والآنات والمراد بالمجلس اتحاد ما كان فيه تدبر ١٣ مل ١٦ قوله والكتاب الخ وهو ان يكتب اما بعد

فقد بعت عبدي فلانا منك بالف درهم فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك اشتريت او قال قبلت تم البيع بينهما والسر ان النبي صلى الله عليه وسلم لما امر بالتبليغ كان

يبلغ الشرائع تارة بالكتاب وتارة بالخطاب فلو لم يكن الكتاب كالخطاب لم يكن النبي صلى الله عليه وسلم مبلغا ١٣ مل ١٧ قوله وكذا الارسال وهو ان يرسل

رسولا فيقول البائع بعت هذا من فلان الغائب بالف درهم فاذهب يا فلان فقل له فذهب الرسول فاخبره بما قال فقال المشتري في مجلسه ذلك اشتريت او

قال قبلت تم البيع بينهما لان الرسول معبر وسفير ينقل كلام الغير فاذا اتصل به الجواب ينعقد ١٣ ک ١٨ قوله وليس له الخ اي ليس للبائع ان يقبل البيع في

بعض المبيع وهذا اذا اوجب المشتري في شيء كذا قال العيني وقال في الكفاية اذا اوجب البائع البيع في شيئين او ثلثة واراد المشتري ان يقبل العقد في احدهما

دون الآخر فهذا على وجهين ان كانت الصفقة واحدة فليس له ذلك وان كانت متفرقة فله ذلك ١٣ مل ١٩ قوله والا ان يقبل المشتري بنفع المراد

المبيع بعض الثمن يعني ان البائع اذا اوجب في شيء بان قال بعته بالف فقال المشتري قبلت بخمسمائة فليس له ذلك فان من العادات ضم الردي بالجيد ليروج الردي بالجيد

فلو ثبت الخيار بالقبول في احدهما فيقبل المشتري الجيد ويترك الردي وفيه ضرر للبائع ١٣ عيني ٢٠ قوله الصفقة ذكر في المغرب الصفقة ضرب اليد على اليد في

البيع والشراء ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه ١٣ ک ٢١ قوله الا اذا بين الخ استثناء من المسئلة الاولى وذلك بان يقول اشتريت او بعت هذين العبدين

هذا بمائة وهذا بمائة فللآخر ان يقبل في ايهما شاء وقيل انه لا بد في تعدد الصفقة تكرار لفظ البيع بان يقول بعتك هذين العبدين بعتك هذا بمائة وبعتك هذا بمائة واما اذا لم يعد لفظ البيع

كانت الصفقة واحدة فلا يصح قبول احدهما وان سمى لكل واحد منهما ثمنا ١٣ مل ٢٢ قوله وايهما قام الخ هذا متصل بقوله اشار قبل في المجلس اي ما ورد ١٣ وهو اشارة الى ان

رد الايجاب تارة يكون صريحا واخرى دلالة ١٣ ع ٢٣ قوله دليل الاعراض الخ فان قلت اذا قال بعد القيام قبلت كان ينبغي ان ينعقد لان الصريح اقوى من الدلالة

قلنا ان رجحان الصريح على الدلالة انما يكون عند المعارضة وذلك انما يكون قبل ان يثبت الحكم بالدلالة وههنا ثبت حكم الدلالة وهو انفساخ العقد بمجرد القيام الذي هو دليل الاعراض

فلم يعمل بعد ذلك صريح القبول فان المفسوخ لا تلحقه الاجازة ١٣ ک ٢٤ قوله وذلك اي لكل من العاقدين الاعراض والرجوع على ما ذكرنا من خيار الرجوع للموجب وخيار القبول

للآخر وما قيل ان ذلك اي الموجب للرجوع فتقصير فلا تلتفت اليه ١٣ مل

الفاضل السيد مير جان الحيدر آبادي ١٣

حواشی متعلقہ صفحہ ۳ ١ قوله كالثنائي والثلاثي مثال للنقود المتساوية في المالية وههنا بحث لصاحب الكفاية حيث قال يكون النقد المطلق واحدا يكون الواحد منه درهما والآخر نصفا

وهو ان يكون الاثنان منه درهما والآخر ثلاثا وهو ان يكون الثلث منه درهما فمالية الاثنين او الثلث كمالية الواحد من الاحادي ولا يسمى الواحد من الثنائي والثلاثي درهما في

العرف بل ينصرف الدرهم في عرفهم الى احد الاشياء وهو الواحد من الاحادي والاثنان من الثنائي والثلث من الثلاثي فيصح العقد على الدرهم المطلق انتهى ويؤيده ما قال في

شرح الغرر فان استوى بالمالية ايضا كما استوى بالرواج واختلف الاسم كالاحادي والثنائي والثلاثي صح ان يطلق اسم الدرهم على كل منها حيث يطلق على الواحد من الاول

من الثاني والثلث من الثالث اسم الدرهم وينصرف الى ما قدر به من كل نوع مثلا اذا بيع عبد بالف درهم فله ان يعطي بعضا من الاحادي والاثنين من الثنائي او ثلاثة آلاف من الثلاثي

هذا ما ذكر في الكافي واراد صاحب الهداية انتهى ملخصا وكذا نقل الجلبي في ذخيرة العقبى فظهر من هذا ان كلام الشارح يح بري عن التعقيد وتنزل ههنا قدم صاحب العناية وفهم ما

ذهب اليه فهم الذاهن وقال ان في كلام الشارح تعقيدا وهو ان قوله كالثنائي الخ مثال للنقود المختلفة في المالية فلزم الفصل بين قوله اذا كانت مختلفة في المالية وبين ما هو قوله

كالثنائي بالشرط وهو قوله فان كانت سواء فيها ولزم الفصل بين هذا الشرط وبين جزائه وهو قوله جاز البيع لقوله كالثنائي الى قوله جاز ولا يستقيم ان يجعل قوله كالثنائي الخ

متعلقا بقوله فان كانت سواء لان الثنائي وهو ما كان اثنان منه دانقا والثلاثي وهو ما كان ثلثة منه دانقا لا يكون في المالية سواء لكن يمكن ان يكون في الرواج سواء انتهى ملخصا

مولانا محمد عبد الحليم دام فيضه ١٩ قوله والنصرتي درهم منسوب الى وال سمرقند وهو نصرة الدين الامير ٢٠ قوله والاختلاف الخ اي كالاختلاف الواقع

بين العدالي والرائج بفرغانة كسن تواريه تاشكند وغطارفة ما وراء النهر يسمون الدرهم عدليا ١٣ مير جان

تمہ حواشی متعلقہ صفحہ ۳

٢١ قوله ويعرف ان ليس المراد به ما قدر بين المتعاقدين كعشرة ونحوه من الاسماء كان من غير تقييد بنوع معين لانه لا منازعة فيه لمعاني الرايج المتعارف الا ان التعامل ح ٢٢ قوله بيع المكيل او الموزون بجنسه محاز فة لا يجوز للربوا الا ان يعلم التساوي قبل التفرق

وقبضها الا يقع عليها وفار سيا في للوكالة والحبوب غيرها كالعدس والحمص واشباهها ١٢ ع ٢٣ قوله مجازفة بيع البيع بالحدس والظن بلا كيل ولا وزن ١٢ عيني ٢٤

قوله اذا باعه الخ هذا انما يفيد فيما اذا كان شيئا يدخل تحت الكيل اما اذا كان قليلا فيجوز بيع البعض بالبعض مجازفة وان كان في جنس واحد حتى لو باع نصف من من الحنطة بحفنة

من الحنطة يجوز كذا في الذخيرة ١٢ ك ٢٥ قوله لقوله عليه السلام اذا اختلف الخ قلت غريب بهذا اللفظ وروى الجماعة الا البخاري من حديث عبادة بن الصامت

ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه

الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد انتهى ١٢ ت ٢٦ قوله بجهالة القيمة بان اشترى شيئا بدرهم ولم يدر قيمته ازاده او ناقص يجوز لان هذه الجهالة لا تفضي

الى المنازعة والمانع هي الجهالة المفضية الى المنازعة كذا قال العيني والفرق بين الثمن والقيمة ان الثمن ما يقرر بين العاقدين والقيمة ما يقرره المقومون دون العاقدين كذا

قيل ١٢ مل ٢٧ قوله ويجوز باناء بعينه الخ وعن ابي يوسف رح في بيع المعين ان كان مكيالا لا ينكبس كالكبس كالزنبيل ونحوه لا يجوز العقد فيه لانه تمكن المنازعة بينهما في الكيل

وان كان شيئا لا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة ونحوها يجوز ١٢ ك ٢٨ قوله بخلاف السلم وهو بيع آجل بعاجل فلا يجوز باناء لا يعرف مقداره او بحجر

لا يعرف مقداره ١٢ مل

حواشي متعلقة صفحة ٤

١ قوله الا ترى انه الخ الاستدلال بان الذراع عبارة عن الطول والعرض وهما من الاعراض غير مستقيم لانكما يجوزان يقال شيء طويل وعريض يقال شيء

قليل او كثير ثم عشرة اقفزة اكثر من تسعة لا محالة فكيف يقبل بيع الزائد معها دون القفيز ١٢ حلبي ٢ قوله والوصف لا يقابله شيء من الثمن والا لزم تسوية

الاصل والتبع والمراد الوصف من حيث هو وصف لا اذا كان مقصودا كما سيأتي ١٢ مل ٣ قوله كاطراف الحيوان حتى انه اذا اشترى جارية فاعورت في يد

البائع قبل التسليم لا ينقص شيء من الثمن وكذلك اذا اشترى جارية فاعورت في يد المشتري ثم اراد ان يبيعها مرابحة كان له بدون البيان على ما يجيء في باب المرابحة والتولية

نهاية ٤ قوله الا انه يتخير الخ استثناء من قوله فلهذا ياخذه بكل الثمن ١٢ ع ٥ قوله لعتكها انث الضمير وذكر قبله لفظ الثوب على تاويل الثياب

او المذروعات لان لفظ عشرة اذرع دال عليها ١٢ نهاية

حواشي متعلقة صفحة ٥

١ قوله وليس اي ما قال صاحب قيل يعني لعض المشائخ بصحيح بل الصحيح ان الجواز في فصل النقصان قولهم جميعا لان ثمن الناقص معلوم قطعا فلا يضر في الباقي واجاب الشارح

عن هذا الايراد بقوله بخلاف الخ واوضح الفرق بقوله لانه جعل الخ تقريره انه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي والمكر وغير مذكور في العقد فلزم اشتراط قبول

ما ليس بمبيع لقبول المبيع وانه مفسد للعقد لكونه مخالفا لمقتضاه وهذا لا يتصور فيما نحن فيه لانه ما جعل قبول العقد في المعدوم شرطا للقبول في الموجود ولا قصد ايراد العقد

على المعدوم وانما قصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد فافترقا اي شراء العدل على انه عشرة اثواب بمائة كل ثوب بعشرة فاذا هو تسعة وشراء الثوبين على

انهما هرويان فاذا احدهما مروي وافترقا حيث جاز في الاول دون الثاني والهروي بفتح الراء والمروي بسكون الراء منسوب الى هراة ومرو قريتان بخراسان كذا في النهاية

والعناية وقال في فتح القدير المروي بسكون الراء نسبة الى قرية من قرى الكوفة اما النسبة الى مرو المعروفة بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الزاء فيقال مروزي كانه

للفرق بين القريتين فتامل ١٢ مل ٢ قوله فيجري اي فيجري على النصف حكم المقابلة وفي بعض النسخ فيجوز عليه من التجزية وهو ظاهر ١٢ ك ٣

تدبر حكمها وحكم المقابلة في النصف انه اذا وجد المشتري عشرة اذرع ونصفا يجب عليه من الدراهم عشرة دراهم ونصف وكذلك في صورة النقصان يجب عليه تسعة دراهم

ونصف درهم كذا في النهاية وانما يتخير لان في الوجه الاول ازداد عليه الثمن بزيادة نصف ذراع وفي الثاني بنقص الثوب عما شرط فيتخير كيلا يتضرر ١٢ مل ٤

قوله نزل كل ذراع منزلة ثوب الخ والثوب ذا بيع بانه كذا وكذا ذراعا فوجد انقص لا يسقط شيء من الثمن لما قدمنا انه وصف ولتغير الاوصاف لا يوجب سقوط

شيء من الثمن لكنه يثبت له الخيار فكذلك ههنا ١٢ مل ٥ قوله ان الذراع الخ يعني قد ثبت ان الذراع وصف في الاصل لا يقابله شيء من

الثمن وانما اخذ حكم الاصل بالشرط وهو قوله كل ذراع بدرهم والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع فكان الشرط معدوما فزال موجب كونه

اصلا فعاد الحكم الى الاصل وهو الوصف فصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة وصف الجودة فتسلم له مجانا واما الجواب عن قول محمد رح

فهو ان كون الذراع بمنزلة العين ليس باصل بل هو صار اصلا باعتبار الافراد بمقابلة الافراد واسم الدرهم لا يقع على

ما دون الدرهم وكذلك الذراع فكانت المقابلة مقتصرة على موضع الافراد وهو الدرهم فلما انعدمت المقابلة من حيث اللفظ رجع الذراع

اصله وهو الصفة وهذا هو الجواب ايضا عن قول ابي يوسف رح وقال في الذخيرة وما قال ابو حنيفة رح اصح كذا في الكفاية ١٢ مل

حواشي متعلقه صفحه ٦

٢٣ قوله وخلافيه لا بها من الكذا ربنها او منها الاتصال في الحال ١٢ زيلعي ٢٤ قوله الا الثمر المجذوذ الخ يعني ان هذا اذا كان الزرع قائما في الارض والثمر على الشجر واما اذا كان الثمر مجذوذا والزرع محصودا الخ ١٢ مل ٢٥ قوله لم يبد صلاحها بان لم يصلح لتناول بني آدم وعلف الدواب ١٢ ك

حواشي متعلقه صفحه ٧

١٩ قوله ويجوز بيع الحنطة الخ وفي شرح الطحاوي الاصل انه اذا باع شيئا وهو في غلافه قبل الازالة فانه لا يجوز الا الحنطة في سنبلها وسائر الحبوب في سنابلها والذهب في ترابه والفضة في ترابها بخلاف جنسه من الثمن ١٢ ك ٢٠ قوله لان المعقود عليه الخ وانه مستور غائب عن البصر والعلم وجوده فلا يجوز بيعه كبذر البطيخ وحب القطن واللبن في الضرع والزيت في الزيتون قبل الاستخراج قلنا الفرق بينهما ان الغالب في السنبلة الحنطة الا ترى انه يقال هذه حنطة وهي في سنبلها ولا يقال هذا حب ولا هذا لبن ولا زيت ولا قطن ١٢ زيلعي ٢١ قوله فاشبه تراب الصاغة يعني لا يجوز لاحتمال الربوا وتراب الصاغة هو التراب الذي فيه براوة الذهب والفضة والصاغة جمع صائغ ووجه المشابهة استتاره بما لا منفعة فيه ١٢ عيني

حواشي متعلقه صفحه ٨

٢٢ قوله نصا كالتاجيل في الثمن فان تاجيل الثمن يجوز في قليل المدة وكثيرها وان كان يخالف مقتضى العقد لاجل الحاجة فكذا هنا ١٢ عيني ٢٣ قوله فيقتصر على المدة الخ فان قيل كيف جاز للبائع والمذكور في النص هو المشتري وهو حكما حديث حبان بن منقذ في الخيار فلا يتعدى في مدته فالجواب ان البائع في معنى المشتري المنصوص عليه دلالة وكثير المدة ليس كقليلها لان معنى الغرر يتمكن بزيادة المدة فيزداد الغرر وهو مفسد ١٢ عنايه ٢٤ قوله الا انه اذا اجاز الخ استثناء من قوله ولا يجوز اكثر منها اي لو ذكر الاكثر منها واجاز من له الخيار في الثلث جاز ١٢ عيني

حواشي متعلقه صفحه ٩

٢٥ قوله ولا عهدة لنا الخ ولو نقض بما فاشترى متولي الكعبة عبدا لخدمة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري واجيب بان كلا منافي التجارة وما ذكرتم ليس منها بل هو ملحق بتوابع الاوقاف ١٢ ع ٢٦ قوله بحكم المعاوضة احترز به عن الضمان في غصب المدبر فان المدبر المغصوب اذا ابق من الغاصب يجب الضمان على الغاصب ولا يخرج المدبر عن ملك المولى فقد اجتمع البدلان وهو المدبر وبدله وهو الضمان في ملك المولى قلنا ذاك ضمان جناية لا ضمان معاوضة وكلامنا في الذي يقبل الانتقال بحكم المعاوضة ١٢ ك ٢٧ قوله ولا اصل له الخ اما الجواب عن قولهما ولا عهدة لنا الخ فهو انه يبطل ذلك بالتركة المستغرقة بالدين لان التركة تزول عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة كذا قال العيني وهكذا ذكر الامام التمرتاشي وقال في الكفاية ولكن في قوله يزول عن ملك الميت منع اذ التركة مبقاة في حكم ملك الميت فيما هو من حوائجه وقضاء الدين منها فلا يزول ملكه ١٢ مل

حواشي متعلقه صفحه ١١

٢٨ قوله انتقضا كقوله اعتق عبدك عني على الف درهم فاعتق فان الآمر يصير مشتريا منا ولا موكلا اياه بالعتق عندنا تقتضيها للامر ١٢ ك ٢٩ قوله يعتبر السابق وتصرف الآخر لغو لان السابق ان كان هو الفسخ فالمفسوخ لا يلحقه الاجازة وان كان اجازة فقد انبرم العقد وبعد الانبرام لا ينفرد احد العاقدين بالفسخ ١٢ زيلعي ٣٠ قوله فوى واستشكل بما اذا وكل رجلا بطلاق امرأته للسنة فطلقها الوكيل والموكل معا فان الواقع طلاق احدهما لا بعينه واجيب بان الترجيح يحتاج اليه عند تنافي الفعلين كالفسخ والاجازة واما اذا اتحدا فالمطلوب حاصل بدونه فلا حاجة اليه ١٢ ع ٣١ قوله ان الفسخ اقوى فان قيل الاجازة توجب الحرمة على البائع فكان اولى قيل الاجازة تاثيرها في اثبات الحل والفسخ تاثيره في ابقاء الحل فكان الابقاء اولى ١٢ ك ٣٢ قوله لا يلحق الخ فان العقد اذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا تلحقه الاجازة ١٢ ع ٣٣ قوله رجحنا بحال التصرف فاي تصرف من المتصرفين يرجح على الآخر

تتمہ حواشی متعلقہ صفحہ ۱۲

فذاک و فی العنایۃ لا یقال الفسخ او الاجازۃ من نوع الخیار فکان مقیاس ترجیح تصرف من لہ الخیار لان جہۃ تملیک العاقد عارضۃ فی ذلک ۱۲ مل
۱۳ قولہ واستخرج علی صیغۃ المجہول ذلک اشارۃ الی الاختلاف الواقع بین ابی یوسف و محمد رح اراد بان المنسوب الیہما لیس بمنقول عنہما وانما ہو
مستخرج مما مر ۱۲ عینی ۱۴ قولہ ما اذا باع الخ وجہ الاستخراج منہ ان یقال الوکیل من الموکل ہہنا بمنزلۃ الاجنبی من العاقد ہہنا فی کون کل واحد
منہما مستفید الولایۃ من غیرہ فترجیح تصرف العاقد عند محمد رح کترجیح تصرف الموکل منہ و ترک ترجیح تصرف المالک من غیرہ واعتبار ہما من ابی یوسف یدل
علی انہ لا ینظر الی احوال المتصرفین لتساویہما فیہ بل ینظر فی حال التصرف نفسہ والفسخ اقوی لما ذکرنا ۱۲ ع

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۳

۱ قولہ فی الحیوانات حتی فی الحیوانات لان فی بنی آدم یورث اختلاف الجنس فحش التفاوت کما اذا باع عبدا فاذا ہی جاریۃ فینفسد العقد ۱۲ عینی
۲ قولہ وصار ای صار فوات الخبز والکتابۃ فیما اذا اشتری علی انہ خباز او کاتب فوجدہ بخلافہ کفوات وصف السلامۃ فیما اذا اشتری علی انہ سلیم فوجدہ
معیبا فلہ ولایۃ الرد فکذا ہہنا ۱۲ عینی ۳ قولہ باب خیار الرؤیۃ قدمہ علی خیار العیب لکونہ اقوی منہ لان تاثیرہ فی منع تمام البیع وتاثیر خیار العیب
فی منع لزوم الحکم ۱۲ مل ۴ قولہ لان المبیع مجہول یعنی لان المقصود من شراء العین مالیتہ ولہذا لا یرد علی العین بحال والمالیۃ فی الاوصاف و
لہذا تزداد وتنقص بہا وہی مجہولۃ لانہا تعرف بالرؤیۃ فصارت کجہالۃ العین ویفسد فکذا جہالۃ الوصف ۱۲ ک

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۴

۵ قولہ کالبیع بشرط الخیار ای باع ما اشتراہ قبل الرؤیۃ بشرط الخیار لنفسہ فالمسارعۃ بان عرضہ علی البیع والہبۃ من غیر تسلیم بان وہب الذی اشتراہ
قبل الرؤیۃ لشخص ولکن لم یسلم الی الموہوب علیہ ۱۲ مل ۶ قولہ او الی وجہ الجاریۃ ذکر الجاریۃ وقع اتفاقا لان الحکم فی الغلام کذلک ذکر فی الایضاح والمعتبر فی
العبد والامۃ النظر الی الوجہ النظر الی غیرہ من العبد لا یبطل الخیار لان العلم بہ وبصفاتہ تحقق برؤیۃ الوجہ وفی الذخیرۃ اذا اشتری جاریۃ او عبدا ورأی وجہہ رضی
بہ لا یکون لہ الخیار بعد ذلک ۱۲ ک ۷ قولہ لتعذرہ ای فی العبد والامۃ فظاہر لان فی رؤیۃ جمیع بدنہما رؤیۃ مواضع عورتہما فی العبد لا یجوز اصلا
سواء فسخ العقد او لم یفسخ واما فی الامۃ فلانہ لو فسخ البیع بخیار الرؤیۃ بعد رؤیۃ عورتہا کان نظرہ الی عورتہا واقع فی غیر ملکہ لان الفسخ رفع العقد من الاصل فصار کان العقد لم یوجد فکان
نظرہ وقع حرامًا اصلا واما فی الثوب المطوی فیتضرر البائع بانکسار ثوبہ بنشرہ فلا یعتبر رؤیۃ جمیع اجزائہ وفی الصبرۃ لا یمکن اشتراط رؤیۃ کل حبۃ من حبات الحنطۃ ۱۲
ک ۸ قولہ ثم یکون لہ الخیار ای فیما لم یرہ لئلا یلزم تفریق الصفقۃ قبل التمام لانہا مع الخیار لا تتم ۱۲ زیلعی ۹ قولہ ابدا من رؤیتہ الخ لان رؤیۃ البعض
لا تعرف الباقی للتفاوت فی الاحاد ۱۲ ع ۱۰ قولہ من ہذا القبیل لانہ یختلف بالصغر والکبر فلا یکون رؤیۃ البعض دلیلا علی الباقی ۱۲ ک

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۵

۱ قولہ جائز وقال الشافعی رح ان کان بصیرا فغنی فکذلک الجواب وان کان اکمہ فلا یجوز بیعہ واشترائہ لانہ لا علم لہ بالالوان والصفات وہو ممنوع معاملۃ الناس
من غیر نکیر وبان من لہ اسلام من ملک الشراء لا یملک الامر بہ فاذا احتاج الاعمی الی ما یاکل ولا یمکن من شراء الماکول لا بالتوکیل فلہ ان یتوکل منہ و ہذا وقیہ من ما لا یخفی ۱۲ ع
۲ قولہ ولم یرہ ومن اشتری شیئا لم یرہ فلہ الخیار بالحدیث وقد قررناہ من قبل وفیہ نظر لان قولہ صلی اللہ علیہ وسلم یرہ سلب ہو یقتضی تصور الایجاب ہو انما یکون فی البصیر
والا ولی ان یستدل علی ذلک بما ذکرنا من معاملۃ الناس العمیان من غیر نکیر فان ذلک اصل فی الشرع بمنزلۃ الاجماع ۱۲ ع ۳ قولہ وقد قررناہ من قبل ای فی اول الباب
ان شراء ما لم یرہ جائز وان لہ الخیار والاعمی کالبصیر الذی یشتری ما لم یرہ فیجوز شراؤہ مع ثبوت الخیار لہ کالبصیر ۱۲ عینی ۴ قولہ بجسہ المبیع اذا وجد
الجس منہ قبل الشراء والاولا اشتری قبل ان یجسہ لا یسقط خیارہ بل یسقط باتفاق الروایات لما روینا وبینا الا ان یوجد منہ ما یدل علی الرضا من
قول او فعل فی الصحیح ۱۲ زیلعی

حواشی متعلقہ صفحہ ١٦

١٤ قوله بيان تمامها الا ان تمامها بالقضاء والرضاء مع وجودهما ١٢ ع ١٥ قوله وان كانت لا تتم ابتداء اى قبل القبض لان تمام الصفقة انما يحصل باستيفاء الكمال ليحصل المقصود وذلك لا يكون قبل التسليم وثبوت ملك اليد فقبل القبض لو وجد عيبا في ثوب منها يرده بانعدام تمام الصفقة قبل القبض واما بعد القبض فلو وجد بواحد منها عيبا يرد المعيب خاصة لان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بعد القبض لان الرضاء بالعقد على اعتبار السلامة والسلامة عن العيب ثابتة من حيث الظاهر فكانت الصفقة تامة فيه الا انه لا يملك الرد بحكم العيب بعد القبض الا برضاء او قضاء وفي خيار الشرط والرؤية يتفرد بالرد كذا في الكفاية والعيني ١٢ ح ١٦ قوله بسبب هو فسخ بان رد المشتري الثاني بالعيب بقضاء القاضي او رجع عن الهبة ١٢ ع ١٧ قوله وعن ابي يوسف الخ في فتاوى قاضي خان هو الصحيح ١٢ ك

حواشی متعلقہ صفحہ ١٧

١ قوله البخر الخ البخر بفتحتين نتن رائحة الفم والدفر بالدال المهملة نتن الريح وهو من الابط كذا في المبسوط وذكر في المغرب الدفر مصدر دفر اذا خبثت رائحته وبالسكون النتن واما الذفر بالذال المعجمة فبالتحريك لا غير وهو حدة الرائحة اينما كانت ومنه مسك اذفر والبط ذفراء وهو مراد الفقهاء في قولهم البخر والذفر عيب في الجارية وهكذا في الرواية ١٢ ك ٢ قوله الا ان يكون الخ او يكون فاحشا يمنع القرب من المولى لانه داء ١٢ زيلعي ٣ قوله والزنا الخ اى كون الجارية زانية عيب وكذا كونها متولدة من الزنا عيب لان الاول يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش والثاني يخل بالمقصود وهو طلب الولد فان الولد يعير به اذا كانت ولد الزنا ١٢ ح ٤ قوله الا ان يكون الزنا عادة له وذلك بان يتكرر منه الزنا اكثر من مرتين ١٢ زيلعي ٥ قوله يحل الجارية وفي بعض النسخ بعد هذا القول وكذا العدة اذا كانت من طلاق رجعي لان النكاح قائم بخلاف العدة من طلاق بائن فلما انقضت العدة قبل ان يرد لم يرده لان العيب قد زال فقال والنكاح الخ والمعنى اذا اشترى امة فهي منكوحة الغير فهذه الزوجية عيب ١٢

حواشی متعلقہ صفحہ ١٨

١٤ قوله لان الامتناع الخ اى لان امتناع الرد لحق الشرع للزيادة الحادثة وهي في معنى الربوا وحرمة الربوا في حق الشرع ١٢ ك ١٥ قوله فلا يكون الخ لان الامتناع بسبب الزيادة وبخلاف القطع من غير خياطة ١٢ زيلعي ١٦ قوله وعن هذا اى مما قلنا ان المشتري متى كان جانبا بيع لا يرجع بنقصان العيب حتى يكون جانبا بالبيع ١٢ ع ١٧ قوله قبل الخياطة لانه بالقطع للصغير صار واهبا للثوب مسلما اليه وصار الاب قابضا عنه وحق الرد الذي هو الحق الاصلي صار باطلا بالقطع فبطل البدل وهو الرجوع بالنقصان لانه صار حابسا للمبيع في الثاني وهو صورة كون الولد كبيرا للعبد اى بعد الخياطة بالتسليم الذي لي ولده الكبير فيكون له الرجوع بالنقصان لان مجرد القطع لا يكون مسلما اليه لان الاب لا يصير قابضا عن ولده الكبير فلما خاطه خاط عن ملك نفسه فامتنع الرد بالخياطة وفي الشرح لا بالهبة والتسليم فصار وجود الهبة والتسليم وعدمهما سواء فيرجع بالنقصان لانه لم يكن حابسا للمبيع ١٢ عيني ١٨ قوله فلان الملك ينتهي به فان الملك في الآدمي باعتبار المالية وانتهت ماليته بانتهاء الحيوة اذ المالية بعد الموت فتحقق فانتهى الملك بالموت فامتنع الرد وفيه اخبار المشتري بالياس من فعله وهو الموت فيرجع بالنقصان دفعا للضرر فان قلت اذا صبغ الثوب احمر فامتنع الرد لفعله اى الصبغ مع انه يرجع بالنقصان فما وجهه قلت امتناع الرد في الصبغ ليس بسبب نفس ذلك الفعل اى الصبغ بل بسبب وجود الزيادة فكان الامتناع لحق الشرع وبشبهة الربوا فالمراد من قوله والامتناع الخ من امتناع الرد حيث حكما كالموت لا لفعله اى لا لفعله الذي يوجب الزيادة فتامل ١٢ ح ١٩ قوله فصار كالقتل فان المشتري اذا قتل العبد الذي اشتراه ثم اطلع على عيب فانه لا يرجع ١٢

عيني

حواشی متعلقہ صفحہ ٢٠

١ قوله لعدم تقرر العيب الخ فان قيل ادعاء المشتري من العيب موهوم فلا يعارض المتحقق وهو وجوب تسليم الثمن قلنا فيه صيانة القضاء عن النقض ١٢ ك ٢ قوله يحلف اى على البائع اذا حلف بان قال بالله لقد سلمته اليك بحكم البيع وما به هذا العيب ١٢ عيني ٣ قوله وليس في الدفع كثير ضرر الخ فيه بحث فان في تعذر المشتري على حجته جلال قضاء القاضي قد تقدم بطلانه والجواب ان القاضي ههنا قد قضى بدفع الثمن الى حين حضور الشهود لا مطلقا فلم يلزم جلاله ١٢ ع ٤ قوله وهو على حجته لانه لو حضر شهوده كان سبيل من اقامة البينة ورد المبيع على البائع واسترداد الثمن ١٢ ك ٥ قوله الحجة فيه

تتمہ حواشی متعلقہ صفحہ ۶ ای فی ثبوت العیب بخلاف الحد وحیث لا یکون کیل ایۃ نفسہ انتفیا ۱۲ ز ــــ علیٰ ۵ قولہ ومن اشتری عبدا فادعی المشتری

اباق العبد المشتری وکذبہ البائع فالقاضی لا یسمع دعوی المشتری حتی یثبت وجود العیب عندہ فان اقام بینۃ انہ ابق عندہ یسمع دعواہ ویقال للبائع ہل کان عندک

ہذا العیب فی الحالۃ التی کانت عند المشتری فان قال نعم ردہ علیہ وان انکر وجودہ عندہ یسأل القاضی المشتری الک بینۃ فان اقامہا علیہ ردہ وان لم یکن لہ بینۃ وطلب التحلیف

انہ لم یابق عندہ ۱۲ ع ۵ قولہ فادعی اباقا ای جاز المشتری بالعبد الی البائع وقال العبتی ابقا وانما وضع المسئلۃ فی الاباق لان العیب اذا کان ظاہرا

وہو ما لا یحدث مثلہ کالاصبع الزائدۃ او الناقصۃ فان القاضی یقضی بالرد من غیر تحلیف اذا طلب المشتری لانا تیقنا بوجودہ عند البائع او باطنا لا یعرف الا

الاطباء کوجع الکبد والطحال یرجع الی قول الاطباء فی حق سماع الدعوی وتوجہ الخصومۃ او عیبا لا یطلع علیہ الا النساء کالقرن والرتق یرجع الی قول النساء فی توجہ الخصومۃ

فلا یتاتی فی ہذہ المواضع تحلیف البائع علی قیام العیب فی ید المشتری فی الحال لاحتیاج المشتری الی اقامۃ البینۃ علی قیامہ فی الحال وانما یثبت بالبینۃ ما لا یعرف الا

بالتجربۃ کالاباق والسرقۃ والبول فی الفراش والجنون ۱۲ ک ۵ قولہ انما یعتبر الخ وفیہ بحث وہو ان سلامۃ الذمۃ عن الدین اصل والشغل عارض کما ان

السلامۃ عن العیب اصل والعیب عارض فای فرق بین ما نحن فیہ وبین ما اذا ادعی علی الآخر دینا وانکر المدعی علیہ ذلک فان القاضی یسمع دعواہ ویامر الخصم بالجواب

وان لم یثبت قیام الدین بالحال واجیب بان قیام الدین فی الحال لو کان شرطا لاستماع الخصومۃ لم یبق سبیل المدعی الی احیاء حقہ لانہ ربما لا یکون بینۃ او کانت

لہ بینۃ لکنہ لا یقدر علی اقامتہا بوقتا وعینۃ بخلاف ما نحن فیہ لان توسل المشتری الی احیاء حقہ ممکن لان العیب اذا کان مما یعاین ثبت وان لم یکن اثباتہ بالتعرف عن آثارہ

وان لم یعرف بالآثار امکن التعرف عنہ بالرجوع الی الاطباء والقوابل ۱۲ ع ۵ قولہ حلف باللہ ما ابق الخ فان قیل الاباق فعل الغیر والتحلیف علی فعل الغیر انما یکون علی

العلم دون البتات والجواب انہ استحلاف علی فعل نفسہ فی المعنی وہو تسلیم المعقود علیہ سلیما کما التزام ۱۲ ع ۵ قولہ بالا الخ ای لیس للمشتری حق الرد علیک

ایہا البائع بالسبب الذی یدعیہ المشتری او ما ابق عندک قط بل یحلف ما ابق عندک قط لیعتمد القاضی بہذا الوجہ ینقول البائع ما ابق قط وانما قال عندک لان

القاضی یخاطب البائع کذلک فاذا حلف لمشان الی نفسہ ۱۲ عینی ۵ قولہ والاول ای بالتحلیف بقولہ باللہ لقد باعہ وما بہ ہذا العیب عقلہ من ترک

العیب بعد البیع قبل التسلیم فاذا حلف البائع علی العیب بالوجہ یتضرر المشتری لان البائع صادق فی حلفہ فلا یحاذہ ۱۲ عینی ۵ قولہ والثانی وہو قولہ لقد

باعہ وسلمہ وما بہ ہذا العیب یوہم تعلقہ بالشرطین لانہ یتعلق الحنث بہ فاذا کان وقت التسلیم ولم یکن وقت البیع لا یحنث فیندفع الرد بہذا التاویل فیتضرر بہ المشتری

والاصح ان البائع لا یبرئ یمینہ الا اذا لم یکن العیب موجودا فی البیع والتسلیم اصلا لانہ نفی العیب عند البیع وعند التسلیم فیحنث اذا کان معیبا فی احدہما وفی قولہ یوہم اشارۃ

الی ان تاویل البائع ذلک فی یمینہ ہذہ لیس بصحیح کذا فی الکفایۃ وللقائل ان یقول فی عبارۃ المصنف تسامح لانہ قال اولا لا یحلف الخ وعلل بانہ یوہم الخ وقالوا انما قال

یوہم لان ذلک التاویل لیس بصحیح فاذا لم یکن التاویل صحیحا کان التحلیف بہ جائزا وہو یناقض قولہ لا یحلف الا اذا حمل النفی علی الوجہ الاحوط فیستقیم کذا فی العنایۃ ۱۲ ل

حواشی متعلقہ صفحہ ۲

۵ قولہ فہو کشئ واحد لان المالیۃ والتقوم فی المکیلات والموزونات باعتبار الاجتماع فالحبۃ الواحدۃ لیست متقومۃ حتی لا یصح بیعہا واذا کانت المالیۃ

والقابلیۃ للبیع بالاجتماع صار الکل فی حق البیع کشئ واحد وفی الشئ الواحد اذا وجد بعضہ معیبا لیس لہ رد الکل او امساکہ لان رد الجزء المعیب فیہ یستلزم شرکۃ البائع والمشتری

وہا فی الاعیان المجتمعۃ عیب فرد المعیب خاصۃ رد بعیب زائد ولیس ذلک کذا فی الکفایۃ والعنایۃ ۱۲ ل ۵ قولہ وہو الکر اعلم ان الکر ستون قفیزا والقفیز ثمانیۃ

مکاکیک والمکوک صاع ونصف وفی ایجاح المصنف علی الکرہم لا ربعین قفیزا ۱۲ عینی

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۴ ۵ قولہ فانہ مال عند البعض ای التنزیر مال عند البعض والخمر مال مطلقا واراد بان کل واحد منہما مال متقوم عند

البعض ای عند اہل الذمۃ ۱۲ ک ۵ قولہ لا یکون ادنی حالا بل ہو اقوی حالا منہ لان ما لم یوجد صورۃ الشراء ولکنہ قبض علی سوم الشراء وہہنا قبض بعد

صورۃ الشراء فاولی ان یکون مضمونا ۱۲ ل ۵ قولہ علی سوم الشراء وہو ان یسمی الثمن فیقول اذہب بہذا فان رضیتہ اشتریتہ بعشرۃ واما اذا لم

یسم الثمن فہلک عندہ لم یضمن نص علیہ الفقیہ ابو اللیث فی العیون وقیل علیہ الفتوی ۱۲ ع ۵ قولہ والفاسد یفید ملک التصرف عند اتصال

القبض بہ ای اذا کان القبض باذن المالک باتفاق الروایات اما اذا قبضہ بعد الافتراق من مجلس بغیر اذن البائع ذکر فی الماذون انہ لا یملک قالوا

ذلک محمول علی ما اذا کان الثمن شیئا لا یملکہ البائع بالقبض کالخمر والخنزیر اما اذا کان شیئا یملکہ بقبض منکون اذنا بالقبض ۱۲ ع ۵ قولہ

یفید الملک عند مشائخ بلخ الفاسد یفید ملک العین وعند مشائخ العراق یفید ملک التصرف لا ملک العین ولہذا لا یجوز للمشتری ان یطأ جاریۃ اشتراہا شراء

فاسدا ولا شفعۃ فی الدار المشتراۃ بہ ولا یحل اکل طعام اشتراہ بہ واما مشائخ بلخ فقالوا ان جواز التصرف لبناء علی ملک العین وہو الاصح وانما لم یحل وطی

الجاریۃ المشتراۃ بشراء فاسد لان فی الاشتغال بالوطی اعراضا عن الرد قال الامام الحلوائی یکرہ الوطی والحرمۃ کذا فی الیتیمۃ ولم یثبت الشفعۃ

لان فی قضاء ہا تقریر الملک ضد بالشفعۃ تاکید الفساد وتقریرہ ولا تحل الاکل لما فیہ من الاعراض عن الرد ۱۲ ک

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۴

۱۵ قولہ وهو رواية عنه اى عن ابى حنيفة رح وهذا غير ظاهر بل الروايتان عنه فى حق المدبر روى الطحاوى عن ابى حنيفة رح انه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب والثانى
فى ام الولد فاتفقت الروايات عن ابى حنيفة رح انه لا تضمن بالبيع كما لا تضمن بالغصب لانه لا تقوم لماليتها ۱۲ ع ۱۶ قوله حتى يملك كالقن مع المدبر وام الولد فان
سمى الثمن صح البيع فى القن بحصته من الثمن ۱۲ مل ۱۷ قوله بخلاف المكاتب الخ جواب عما يقال لو كان الدخول تحت البيع وتملك ما انضم اليه حقيقيين للضمان لكان
فى المكاتب كذلك ۱۲ عينى ۱۸ قوله وليس دخولهما فى البيع فى حق انفسهما الخ انها ليسا محل للبيع فلا يفيد دخولهما فى البيع فى حق انفسهما وانما ذلك ليثبت الحكم فى
المضموم اليه فان قيل ينبغى ان يكون فى حكم الحر الى العبد كما قلنا الحر ليس بمال فلا يمكن دخوله فى البيع اما المدبر وام الولد فمال وانما امتنع البيع لتعلق البطلان حق الحرية ۱۲
ك ۱۹ قوله لا يدخل الخ يعنى اذا باع عبدا مع عبد المشترى يقسم الثمن على قيمتها فيأخذ بحصته من الثمن وهو الاصح وقال فى التتمة اذا جمع بين ماله ومال غيره وباع
ذلك الغير صفقة واحدة لا يجوز اصلا كذا فى بعض المواضع ۱۲ نهاية ۲۰ قوله كذا هذا اى كذلك الحكم فيما نحن فيه يعنى يثبت حكم الدخول فى البيع فى حق المضموم اليه وهو القن
لا فى حكم ام الولد والمدبر ۱۲ عينى

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۵

۲۳ قوله الا بضرر اى بضرر لم يوجب العقد وهذا لا يكون لازما فيتمكن من الرجوع وتتحقق المنازعة وبهذا
التقرير يندفع ما يقال ان هذا الضرر رضى به فينبغى ان لا يكون مفسدا ۱۲ در ر ۲۴ قوله احتمالا لانه شئ مغيب فى غلافه فلا يجوز بيعه فان قيل بيع
الحنطة فى سنبلها واشباه البيع ما فى وجوده احتمال لانه شئ مغيب هو فى غلافه وهو جائز اجيب عنه بان جوازه باعتبار صحة اطلاق اسم المبيع عليه على
ما يتصل به فان الحنطة اذا بيعت فى سنبلها انما يقال بعت هذه الحنطة فالمذكور صريحا هو المعقود عليه فيصح العقد اعمالا للتصحيح لفظه واما بذر البطيخ ونوى
التمر وحب القطن فاسم المبيع وهو البذر والنوى والحب لا يطلق عليه اذ لا يقال هذا بذر وهذا نوى وحب بل يقال بطيخ وتمر وقطن فلم يكن المبيع مذكورا او
ما هو المذكور فليس بمبيع ۱۲ ع ۲۵ قوله اما الجذع الخ اشارة الى تمام الفرق بين البذر والنوى والجذع المعين فى السقف بان الجذع معين موجود
اذ الغرض فيه والبذر والنوى ليس كذلك فان قيل اذا بيع جلد الشاة المذبوحة قبل ذبح الشاة وسلخ جلدها وسلمه لا ينقلب البيع جائزا وان كان الجلد
عينا موجودا كالجذع فى السقف وكذا بيع كرشها واكارعها اجيب بان المبيع وان كان موجودا فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقة فكان تابعا له فكان العجز
عن التسليم هناك معنى اصليا لانه اعتبر عاجزا لما فيه من افساد شئ غير مستحق بالعقد واما الجذع فانه عين مال فى نفسه وانما يثبت الاتصال بينه وبين غيره
بعارض فعل العباد والعجز عن التسليم حكمى لما فيه من افساد بناء غير مستحق بالعقد فاذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز ۱۲ ع ۲۶ قوله وضربة
القانص ضرب الشبكة على الطائر القانص عليه وسلم نهى عن ضربة القانص وهو الصائد وفى تهذيب الازهرى عن ضربة الغائص هو الغواص على اللآلى وذلك
ان يقول للتاجر اغوص لك غوصة فما اخرجت فهو لك بكذا ۱۲ ك ۲۷ قوله وبيع المزابنة الخ المزابنة لغة المدافعة من الزبن وهو الدفع
وسمى هذا النوع من البيع بها لانها تودى الى النزاع المستدفع ۱۲ عينى ۲۸ قوله هو بيع التمر الخ الاول بالثاء المنقوطة بالثلث والثانى
بالتاء المنقوطة بالنقطتين كذا وجدت بخط شيخى ولان ما على النخيل يسمى تمرا انما التمر المجذوذ واما الثمر فعام ۱۲ ن ۲۹ قوله خرصا اى من حيث
الظن لا من حيث الكيل الحقيقى او الوزن الحقيقى لانه لو وجد الكيل الحقيقى فى البدلين لم يبق الثمر على رؤس النخيل بل يكون تمرا مجذوذا كالذى يقابله من المجذوذ
۱۲ ن ۳۰ قوله وكذا العنب الخ اى لو باع مكيلا من العنب بكيل من الزبيب لا يجوز بطريق الخرص ۱۲ مل ۳۱ قوله يجوز فيما دون
الخ ولا يجوز عنده فيما زاد على خمسة اوسق وله فى مقدار خمسة اوسق قولان ۱۲ ك ۳۲ قوله اوسق جمع وسق بفتح الواو وهو ستون
صاعا وهو ثلاث مائة وعشرون رطلا عند اهل الحجاز واربع مائة وثمانون رطلا عند اهل العراق على اختلافهم فى مقدار الصاع ۱۲ عينى
۳۳ قوله نهى عن الخ قلت النهى عن المزابنة تقدم واما العرايا فاخرج فى الصحيحين عن داود بن الحصين عن ابى سفيان عن ابى هريرة ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم رخص فى بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة اوسق او فى خمسة اوسق شك داود وقال دون خمسة او فى خمسة انتهى ۱۲ ت
۳۴ قوله وهو ان يباع الخ ان يباع مسند الى ضمير راجع الى الثمر الذى على رؤس النخيل لان الكلام فيه انث ضمير بخرصها على انه جمع
الثمرة وفى مثله يجوز التذكير والتانيث ۱۲ ن ۳۵ قوله ان يبيع الخ معناه ان يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعرى
دخول المعرى له فى بستانه كل يوم لكون اهله فى البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع

قوله لانه لم يملكه الخ يعني ان الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له بدون القبض فما يعطيه الواهب من التمر المجذوذ لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة وسمي بيعا مجازا لانه في الصورة عوض
لئلا يتحرز عن خلف الوعد واتفق ان ذلك كان فيما دون خمسة اوسق فظن الراوي ان الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده وفيه بحث من
وجهين الاول انه جاء في حديث زيد بن ثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر بالتمر ورخص في العرايا فسياقه يدل على ان المراد بالعرايا
بيع ثمر بتمر والثاني انه جاء في حديث جابر بلفظ الاستثناء الا العرايا والاصل حمل الاستثناء على الحقيقة فالاستثناء من البيع حقيقة بيع لوجوب دخوله في
المستثنى منه والجواب عن الاول ان الاقتران في النظم لا يوجب القران في الحكم وعن الثاني انه على ذلك التقدير ينافي قوله عليه السلام المشهور التمر بالتمر
مثل بمثل والمشهور قاض عليه ۱۲ ع

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۶ قوله والحمام اذا علم الخ وكان موضع ذكره عند قوله ولا بيع الطير في الهواء وانما ذكره ههنا اتباعا
لما ذكر الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير لانه وضعه كذلك ۱۲ ع قوله نهى النبي عليه السلام الخ قلت رواه ابن ماجة في سننه عن ابي
سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء
المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة الغائص ۱۲ ت قوله لانه امانة الخ ولهذا لو هلك قبل الوصول الى يد
المولى هلك امانة ۱۲ عيني قوله لا ينوب الخ فان قبض الامانة ادنى لانه غير مضمون فلا ينوب عن قبض البيع وهو اقوى
لانه مضمون لازم ۱۲ ك قوله يجب ان يصير قابضا وهو قول ابي حنيفة ومحمد رح وذكر الامام التمرتاشي انه لا يصير قابضا عند ابي يوسف
رح وقول المصنف يجب ان يصير قابضا كانه اشارة الى انه يلزم ابا يوسف القول بكونه قابضا نظرا الى القاعدة ولو قبضه لنفسه فالمرد يصير قابضا عقيب
الشراء بالاتفاق ۱۲ ع قوله لانه قبض غصب وهو قبض ضمان فينوب عن قبض البيع اذ هو ايضا قبض ضمان الا ترى ان المقبوض على
سوم الشراء مضمون بالقيمة ۱۲ مل قوله لا يتم الخ لان شرط جواز العقد وجود القدرة على التسليم كان فائتا وقت البيع فلا يجوز وان وجد بعده ۱۲
ن قوله لانعدام المالية لان المالية في الآبق ثاوية فهو كالمعدوم حقيقة في امتناع تسليم المبيع فان قيل لم جاز اعتاقه قلنا الاعتاق ابطال الملك فلا
يحتاج الى القدرة على التسليم بخلاف البيع فانه اثبات الملك للمشتري والتوى ينافيه فلا يثبت ۱۲ ك قوله تم العقد فان قيل امتنع من البائع وتسليم المشتري
يجبر على التسليم والتسلم ولا يحتاج الى بيع جديد الا اذا كان المشتري رفع الامر الى القاضي وطلب التسليم فظهر عجزه وفسخ القاضي العقد ثم ظهر العبد فح يحتاج الى بيع جديد ۱۲
ن قوله لمانع قد ارتفع فاذا زال صار كان لم يكن كالراهن يبيع المرهون ثم يفتكه قبل الخصومة ۱۲ ن

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۷ قوله لانه خلا من المارد والمارد عين مال فكان كبيع العين او بيع يتعلق بالعين فيجوز بخلاف بيع العلو
على ما ذكرنا فان قيل لو كان بيع الشرب بمنزلة بيع العين وهو الماء ينبغي ان لا يجوز اذا كان الماء معدوما في الارض قلنا يجوز للضرورة بغرضية وجوده كما في
السلم والاستصناع ۱۲ ن قوله يضمن بالاتلاف بان سقى رجل ارض نفسه بشرب غيره يضمن ۱۲ كافی قوله يسقط من الثمن حتى
اذا ادعى رجل شراء ارض بشربها بالف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادته لاختلافهما في ثمن الارض لان الذي
زاد الشرب ينقص عن ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب فصار كاختلافهما في مقدار ثمن الارض ۱۲ كافی

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۸ قوله بئس ما شريت اي بعت لان الشراء يستعمل في معنى البيع قال الله تعالى وشروه
بثمن بخس دراهم معدودة اي باعوه ثم انما فسدت العقد الثاني لان الفساد فيه مقصود وفي الاول باعتبار الوسيلة فان قيل قد جاء الوعيد ايضا في تفريق الولد
عن الوالد بالبيع ومع ذلك لو فعل فالبيع جائز لا فاسد قلنا الوعيد هناك للتفريق لا للبيع حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقا ايضا الا انه لكن لا ينفصل
بين البيع والتفريق في الجملة اعتبر منفصلا في جواز البيع وكره ذلك لتستبل التفريق واما ههنا لما كان الوعيد لشبهة الربوا والربوا مختص بالبيع فاوجب الفساد
ولان في هذا لما كان شبهة الربوا اوجب الفساد لان شبهة الربوا ملحقة بحقيقة الربوا فاوجب الفساد كحقيقته ۱۲ ك قوله ثم فسدت
وانما فسدت البيع الاول وان كان جائزا عنده لانه صار ذريعة الى البيع الثاني الذي هو موسوم بالفساد وهذا كالقول لصاحبه بئس البيع الذي اذ فعلك في
هذا الفساد وان كان البيع جائزا فان قيل كيف لا يفسد البيع الاول الفساد بجهالة الاجل وانها رجعت عن تجويز البيع الى العطاء والبيع الثاني لانه بيع المبيع قبل القبض
اذ القبض لم يذكر في الحديث قلنا الرجوع لم يثبت وانما فسد البيع الثاني لاجل الربوا حتى تلت عليه آية الربوا وليس في بيع المبيع قبل القبض الربوا ۱۲ ك قوله
الطبل حجة الخ انما خص الجهاد لانه اعظم الاعمال واشق على البدن وكذا الحج قال الله تعالى كتب عليكم القتال وهو كره لكم ۱۲ اسل

تتمہ حواشی متعلقہ صفحہ ۲۸

۱۱۰ قوله وفعت المقاصة اي بين الثمن في البيع الاول وبين الثمن في البيع الثاني اي وقع تقابل خمسمائة بخمسمائة قصاصا ۱۲ مل ۱۱۱ قوله وذلك بلا عوض فهذا ربح حصل لا على ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن بخلاف ما اذا باعه من غيره لان الربح لا يحصل للبائع وبخلاف ما اذا اشتراه بالثمن الاول لعدم الربوا وبخلاف ما اذا اشترى باكثر فان الربح هٰهنا يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه ۱۲ ع ۱۱۲ قوله ومن اشترى الخ هذا من فروع المسئلة المتقدمة لانها مبنية على شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ۱۲ ع ۱۱۳ قوله فالبيع جائز واما اذا باعها مع جارية اخرى بالف خمسمائة فالبيع فاسد لانه عند انقسام الثمن يلزم شراء ما باع باقل مما باع فان قلت انه يتحقق هٰهنا صورة الجواز وهو ان يكون الخمسمائة بازاء المبيعة اولا والالف بازاء المضمومة فلا ضرر قلت لما اجتمع جهة الجواز وجهة الفساد فالترجيح هٰهنا للمفسد ترجيحا للمحرم كذا في الغاية ۱۲ مل ۱۱۴ قوله لانه لا بد ان يحصل الخ اي ان المشتري لما باع الجاريتين بخمسمائة احدهما هي التي اشتراها من البائع في المرة الاولى بخمسمائة والاخرى هي التي لم يشترها منه لا بد الخ ۱۲ عيني ۵ قوله بعد ما اشترت الخ هذا ما روي في مسند ابي حنيفة رح من ان زيد بن ارقم باع جارية او لا بثمانمائة درهم من تلك المرأة ثم اشتراها زيد منها بستمائة فبهذه الرواية حصل الربح لزيد وثبت من الروايات الاخرى ان البيع كان فتلك المرأة وهي كانت ام ولد زيد بن ارقم فانه روى الامام احمد بن حنبل رح انه دخلت ام ولد زيد عند عائشة فقالت اني بعت من زيد غلاما بثمانمائة درهم نسيئة فاشتريته بستمائة نقدا ورو عبد الرزاق ان المرأة دخلت على عائشة فقالت كانت لي جارية فبعتها من زيد بن ارقم بثمانمائة الى العطاء ثم ابتعتها منه بستمائة فنقدته الستمائة وكتب لي عليه ثمانمائة فقرأت عائشة آية الربوا فقالت المرأة لعائشة الا يتان فقرأت اي الاية التي وردت على الفضل فقالت عائشة فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وهكذا اورد مولانا سيد الدين البناني في شرحه ونقله العلي القاري في شرح مختصر المنار والعلامة ابن الهمام في فتح القدير وغيرهم فقال مولانا محمد عبد الحليم دام فيضه

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۹

۱۱۵ قوله لثبوته الخ لا يقال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط وهو باطلاقه يقتضي عدم جوازه لانه في الحقيقة ليس بشرط حيث افاد ما افاده العقد المطلق ۱۲ ع ۱۱۶ قوله وفيه منفعة الخ بان يشتري ثوبا على ان يخيطه البائع او باع عبدا على ان يخدم البائع شهرا او دارا على ان يسكن فيه البائع شهرا مثلا ۱۲ عيني ۱۱۷ قوله وهو من اهل الخ من اهل ان يستحق على الغير حقا بان يكون آدميا وان لم يكن من اهل الاستحقاق بان اشترى فرسا بشرط ان يعلفه كذا منا من الشعير او لم يكن فيه منفعة لاحد كشراء دابة او ثوب بشرط ان لا يبيعه يبطل الشرط وصح البيع في ظاهر المذهب وعن ابي يوسف رح انه يفسد البيع ۱۲ ك ۱۱۸ قوله فيؤدي الى الربوا لانه انما قصد المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض وهو ربوا لان الربوا عبارة عن فضل خال عن العوض لا يقال لا يطلق الزيادة الا على المجانس للمزيد عليه والشرط منفعة فكيف يكون ربوا لانه مال جاز ان يكون العوض عليه والمبيع حسن الشيء في العقد فيكون ربوا ۱۲ ع ۱۱۹ قوله يقع بسبب المنازعة لانه متى كان منتفعا به كان مرغوبا فيه كان له طالب فيقع بسبب التنازع وحتى لم يكن مرغوبا فيه لم يكن زيادة تقديرا ولم يكن له طالب فلا يؤدي الى الربوا والنزاع فان قيل لما شرط المشتري او البائع شرطا في العقد فالظاهر انه يجري على موجبه فلا يؤدي الشرط الى النزاع قلنا يفسد العقد بالشرط ظاهرا وعن النبي عليه السلام نهى عن بيع وشرط فبعد ذلك لا يجري الشارط على شرطه لان الشرط انما يراعى في البيع الصحيح ۱۲ ك ۱۲۰ قوله الا ان يكون متعارفا فانه استثناء من قوله يفسده اي الا ان يكون الشرط متعارفا بين الناس كما اذا اشترى نعلا بشرط ان يحذوه البائع او شراكه كذا لا يفسد البيع وكذا كل شرط لا يلائم العقد الا ان الشرع ورد بجوازه كالخيار والاجل فيجوز لان العرف قاض على القياس اذ انه ثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي وهو قوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن او ثابت بالاجماع فيكون العرف اجماعا على القياس لا يقال فساد البيع بالشرط ثابت بالحديث والعرف ليس بقاض عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفي النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث كذا في العناية وغيرها ۱۲ مل ۱۲۱ قوله وهو الظاهر من المذهب احترازا عما روي عن ابي يوسف رح انه يبطل البيع نص عليه في آخر المزارعة لان في هذا الشرط ضررا على المشتري من حيث يتعذر عليه التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحد المتعاقدين لكنا نقول لا عبرة بالشرط الا بالمطالبة وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر ۱۲ نهايه

حواشی متعلقہ صفحہ ۳۰

۱۲۲ قوله والهبة والصدقة الخ نحو هذه الاشياء بان قال وهبت هذه الجارية لك الا حملها او تصدقتها عليك الا حملها او جعلتها مهرا او بدل الخلع او بدل الصلح عن دم العمد الا حملها ۱۲ عيني ۱۲۳ قوله لا تبطل بالشروط الخ فان الفساد باعتبار افضائه الى الربوا وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات وهذه تبرعات وسياقات الهبة والخلع من قبيل التمليكات لكن عرفنا بالحديث ان الشرط الفاسد لا يفسد الهبة فانه عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر حتى تصير لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر لو شرط عوده فيبطل البيع بالاستثناء ۱۲ ع

۱۳ قولہ لانہ لم یملکہ الخ یعنی ان الموہوب لہ لم یصر مالکا للموہوب لہ ما دام متصلا بملک الواہب فما یعطیہ الواہب من التمر المجذوذ لا یکون معاوضۃ بل ہبۃ مبتدأۃ وسمی بیعا مجازا لانہ فی الصورۃ عوض
یعطیہ لیتحرز عن خلف الوعد والتحقیق ان ذلک کان فیما دون خمسۃ اوسق نقل الراوی ان الرخصۃ مقصورۃ علی ہذا فنقل کما وقع عندہ وقد یجیب من
وجہین الاول انہ جاء فی حدیث زید بن ثابت ان رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم نہی عن بیع الثمر بالتمر ورخص فی العرایا فسیاقہ یدل علی ان المراد بالعرایا
بیع ثمر بتمر والثانی انہ جاء فی حدیث جابر بلفظ الاستثناء الا العرایا والاصل حمل الاستثناء علی الحقیقۃ والاستثناء من البیع حقیقۃ بیع لوجوب دخولہ فی
المستثنی منہ والجواب عن الاول ان القرآن فی النظم لا یوجب القرآن فی الحکم وعن الثانی انہ علی ذلک التقدیر ینافی قولہ علیہ السلام المشہور التمر بالتمر
مثل بمثل والمشہور قاض علیہ ۱۲ ع

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۶ ۱ قولہ والحمام اذا علم الخ وکان موضع ذکرہ عند قولہ ولا بیع الطیر فی الہواء وانما ذکرہ ہہنا اتباعا
لما ذکر الصدر الشہید فی شرح الجامع الصغیر لانہ وضعہ کذلک ۱۲ ع ۲ قولہ لنہی النبی علیہ السلام الخ قلت رواہ ابن ماجۃ فی سننہ عن ابی
سعید الخدری ان النبی صلی اللہ علیہ وسلم نہی عن شراء ما فی بطون الانعام حتی تضع وعن بیع ما فی ضروعہا وعن شراء العبد وہو آبق وعن شراء
المغانم حتی تقسم وعن شراء الصدقات حتی تقبض وعن ضربۃ الغائص ۱۲ ت ۳ قولہ لانہ امانۃ الخ ولہذا لو ہلک قبل الوصول الی ید
المولی فہلک الامانۃ ۱۲ عینی ۴ قولہ لا ینوب الخ فان قبض الامانۃ ادنی لانہ غیر مضمون فلا ینوب عن قبض البیع وہو اقوی
لانہ مضمون لازم ۱۲ ک ۵ قولہ یجب ان یصیر قابضا وہو قول ابی حنیفۃ ومحمد رح وذکر الامام التمرتاشی انہ لا یصیر قابضا عند ابی یوسف
رح وقول المصنف یجب ان یصیر قابضا کانہ اشارۃ الی انہ یلزم ابا یوسف القول بکونہ قابضا نظرا الی القاعدۃ ولو قبضہ لنفسہ الا للرد یصیر قابضا عقیب
الشراء بالاتفاق ۱۲ ع ۶ قولہ لانہ قبض غصب وہو قبض ضمان فینوب عن قبض البیع اذ ہو ایضا قبض ضمان الا تری ان المقبوض علی
سوم الشراء مضمون بالقیمۃ ۱۲ م ۷ قولہ لا یتم الخ لان شرط جواز العقد وہو القدرۃ علی التسلیم کان فائتا وقت البیع فلا یجوز وان وجد بعدہ ۱۲
ن ۸ قولہ لانعدام المحلیۃ لان المالیۃ فی الآبق تاویۃ فہو کالمعدوم حقیقۃ فی المنع من البیع فان قیل فلم جاز اعتاقہ قلنا الاعتاق ابطال الملک فلا
یستلزم قواہ بالاتفاق واما البیع فاثبات الملک للمشتری والتوی ینافیہ فلا یثبت ۱۲ ک ۹ قولہ تم العقد فایہما امتنع من البائع والمشتری
یجبر علی التسلیم والتسلم ولا یحتاج الی بیع جدید الا اذا کان المشتری رفع الامر الی القاضی وطلب التسلیم فظہر عجزہ وفسخ القاضی العقد ثم ظہر العبد فیحتاج الی بیع جدید ۱۲
ن ۱۰ قولہ لانہ المانع قد ارتفع فاذا زال صار کان لم یکن کالراہن یبیع المرہون ثم یفکہ قبل الفسخ ۱۲ ن

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۷ ۱ قولہ لانہ خالص المارۃ والمار عین مال فکان کبیع العین او بیع یتعلق بالعین فیجوز بخلاف التعلی
علی ما ذکرنا فان قیل لو کان بیع الشرب بمنزلۃ بیع العین وہو الماء ینبغی ان لا یجوز اذا کان الماء معدوما فی الارض قلنا یجوز للضرورۃ لعرفیۃ وجودہ کما فی
السلم والاستصناع ۱۲ ان ۲ قولہ یعنی بالاتلاف بان سقی رجل ارضہ بشرب غیرہ یضمن ۱۲ کافی ۳ قولہ فسد من الثمن حصۃ
اذا ادعی رجل شراء ارض بشربہا بالف فشہد شاہد بذلک وسکت الآخر عن الشرب بطلت شہادتہ لاختلافہما فی ثمن الارض لان الذی
زاد الشرب نقص عن ثمن الارض لان بعض الثمن یقابل الشرب فصار کاختلافہما فی مقدار ثمن الارض ۱۲ کافی

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۸ ۱ قولہ بئس ما شریت ای بعت لان الشراء یستعمل فی معنی البیع قال اللہ تعالی وشروہ
بثمن بخس دراہم معدودۃ ای باعوہ ثم انما فسدت العقد الثانی لان الفساد فیہ مقصود وفی الاول باعتبار الوسیلۃ فان قیل فصار الوعید ایضا فی تفریق الولد
عن الوالد بالبیع ومع ذلک لو فعلہ فالبیع جائز لا فاسد قلنا الوعید ہناک للتفریق لا للبیع حتی لو فرق بدون البیع کان الوعید لاحقا ایضا فلا یمکن الانفصال
بین البیع والتفریق فی المجاز اعتبر منفصلا فی جواز البیع وکرہ ذلک لنسبتہ التفریق واما ہہنا لما کان الوعید لشبہۃ الربوا والربوا مختص بالبیع فاوجب الفساد
ولان فی ہذا لما کان شبہۃ الربوا اوجب الفساد لان شبہۃ الربوا ملحقۃ بحقیقۃ الربوا ما اوجب الفساد کحقیقتہ ۱۲ ک ۲ قولہ ثم شرینہ
وانما فسدت البیع الاول وان کان جائزا عندہا لانہ صار ذریعۃ الی البیع الثانی الذی ہو موسوم بالفساد وہذا کالقول لصاحبہ بئس البیع الذی اوقعک فی
ہذا الفساد وان کان البیع جائزا فان قیل کیف لا یفسد البیع الاول للفساد بجہالۃ الاجل وانما جنت عن تجویز البیع الی العطاء والبیع الثانی لانہ بیع البیع قبل القبض
اذ القبض لم یذکر فی الحدیث قلنا الرجوع لم یثبت وانما فسدت البیع الثانی لاجل الربوا حتی تلت علیہ آیۃ الربوا ولیس فی بیع البیع قبل القبض الربوا ۱۲ ک ۳ قولہ
لطبل حجۃ الخ انما خص الجہاد لانہ اعظم الاعمال واشقہا علی البدن وکذا الحج قال اللہ تعالی کتب علیکم القتال وہو کرہ لکم ۱۲ اسل

تتمہ حواشی متعلقہ صفحہ ۲۸

٢٢ قوله وقعت المقاصة اي بين الثمن في البيع الاول وبين الثمن في البيع الثاني اي وقع تقابل خمسمائة بخمسمائة قصاصا ١٢ مل ٢٣ قوله وذلك بلا عوض فهذا ربح حصل لا على ضمانه وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن بخلاف ما اذا باعه من غيره لان الربح لا يحصل للبائع وبخلاف ما اذا اشترى بالثمن الاول لعدم الربوا وبخلاف ما اذا اشترى باكثر فان الربح ههنا يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه ١٢ ع ٢٤ قوله ومن اشترى الخ هذه من فروع المسئلة المتقدمة لانها مبنية على شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ١٢ ع ٢٥ قوله فالبيع جائز واما اذا باعها مع جارية اخرى بالف و خمسمائة فالبيع فاسد لانه عند انقسام الثمن يلزم شراء ما باع باقل مما باع فان قلت انه يتحقق ههنا صورة الجواز وهو ان يكون الخمسمائة بازاء المبيعة اولا والالف بازاء المضمومة فلا ضير قلت لما اجتمع جهة الجواز وجهة الفساد فانترجح ههنا المفسد ترجيحا للمحرم كذا في الغاية ١٢ مل ٢٦ قوله لانه لابد ان يجعل الخ اي لان المشتري لما باع الجاريتين بخمسمائة احديهما هي التي اشتراها من البائع في المرة الاولى بخمسمائة والاخرى هي التي لم يشترها منه لابد الخ ١٢ عيني ٢٧ قوله بما اشترت الخ هذا اثر رواه ابو حنيفة رح في مسنده عن ان زيد بن ارقم باع جارية اولا بثمانمائة درهم من تلك المرءة ثم اشتراها زيد منها بستمائة ففي هذه الرواية حصل الربح لزيد وثبت من الروايات الاخرى ان البائع كان تلك المرءة وهي كانت ام ولد زيد بن ارقم فانه روى الامام احمد بن حنبل رح انه دخلت ام ولد زيد عند عائشة فقالت اني بعت من زيد غلاما بثمانمائة درهم نسيئة فاشتريته بستمائة نقدا وروى سعيد ان امرءة دخلت على عائشة فقالت كانت لي جارية فبعتها من زيد بن ارقم بثمانمائة الى العطاء ثم ابتعتها منه بستمائة فنقدته الستمائة وكتبت له عليه ثمانمائة فقرأت عائشة آية الربوا فقالت المرءة لعائشة ارأيت ان اخذت راس مالي ورددت عليه الفضل فقالت عائشة فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وهكذا اورده مولانا حميد الدين البناني في شرحه ونقله العلي القاري في شرح مختصر المنار والعلامة ابن الهمام في فتح القدير وغيرهم فتامل ١٢ مولانا محمد عبد الحليم دام فيضه

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۹

١ قوله لثبوته الخ لا يقال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط وهو باطلاقه يقتضي عدم جوازه لانه في الحقيقة ليس بشرط حيث افاد ما افاده العقد المطلق ١٢ ع ٢ قوله وفيه منفعة الخ بان يشتري ثوبا على ان يخيطه البائع او باع عبدا على ان يخدم البائع شهرا او دارا على ان يسكن فيه البائع شهرا مثلا ١٢ عيني ٣ قوله وهو من اهل الخ احترز به عن اهل ان يستحق على الغير حقا بان يكون آدميا وان لم يكن من اهل الاستحقاق بان اشترى فرسا بشرط ان يعلفه كذا منا من الشعير او لم يكن فيه منفعة لاحد كشراء دابة او ثوب بشرط ان لا يبيعه بطل الشرط وصح البيع في ظاهر المذهب وعن ابي يوسف رح انه يفسد البيع ١٢ ک ٤ قوله فيؤدي الى الربوا لانها لما قصد المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض وهو ربوا لان الربوا عبارة عن فضل خال عن العوض لا يقال لا يتعلق الزيادة الا على المجانس للمزيد عليه والشرط منفعة فكيف يكون ربوا لانه مال جاز اخذ العوض عليه والحيوان جنس لشئ في العقد فيكون ربوا ١٢ ع ٥ قوله يقع بسبب المنازعة لانه متى كان مقتضيا به كان مرغوبا فيه كان له طالب فيقع بسببه التنازع ومتى لم يكن مرغوبا فيه لم يكن زيادة تقديرا ولم يكن له طالب فلا يؤدي الى الربوا او التنازع فان قيل لما شرط المشتري او البائع شرطا في العقد فالظاهر انه يجري على موجبه فلا يؤدي الشرط الى النزاع قلنا لما يفسد العقد بالشرط لظاهر ما روي عن النبي عليه السلام نهى عن بيع وشرط فيعد ذلك لا يجري الشارط على شرطه لان الشرط انما يراعى في البيع الصحيح ١٢ ک ٦ قوله الا ان يكون متعارفا فانه استثناء من قوله يفسده اي الا ان يكون الشرط متعارفا فيما بين الناس كما اذا اشترى نعلا بشرط ان يحذوه البائع او شراكا ... البيع وكذا كل شرط لا يلائم العقد الا ان الشرع ورد بجوازه كالخيار والاجل فيجوز لان العرف قاض على القياس اذ انه ثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي وهو قوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن او ثابت بالاجماع فيكون العرف راجحا على القياس لا يقال هذا البيع بشرط ثابت بالحديث والعرف ليس بقاض عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود وهو قطع المنازعة والعرف ينفي النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث كذا في العناية وغيرها ١٢ مل ٧ قوله وهو الظاهر من المذهب احتراز عما روي عن ابي يوسف رح انه يبطل البيع نص عليه في آخر المزارعة لان في هذا الشرط ضررا على المشتري من حيث يتعذر عليه التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحد المتعاقدين لكنا نقول لا معتبر بالشرط الا بالمطالبة وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر ١٢ نهايه

حواشی متعلقہ صفحہ ۳۰

١ قوله الهبة والصدقة الخ صورة هذه الاشياء بان قال وهبت هذه الجارية لك الا حملها او تصدقتها عليك الا حملها او جعلتها مهرا او بدل الخلع او بدل الصلح عن الدم الا حملها ١٢ عيني ٢ قوله لا تبطل بالشروط الخ لان الفساد باعتبار افضائه الى الربوا وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات وهذه تبرعات واسقاطات والهبة وان كانت من قبيل التمليكات لكن عرفنا بالحديث ان الشرط الفاسد لا يفسده فانه عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر حتى تصير لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر او شرط عوض فيصح العقد ويبطل الاستثناء ١٢ ع

حواشی متعلقہ صفحہ ۳۱ **۱۸ قوله** ثم تراضيا الخ ولو باع الى هبوب الريح ثم تراضيا لا ينقلب الى الجواز لان هذا غرر بخلاف الاول وقال في المبسوط الاجل ما يكون منتظر الوجود وهبوب الريح او مطار السماء قد يتصل بكلامه فهو ليس باجل بل هو شرط فاسد ۱۲ **ن** **۱۹ قوله** وصار كاسقاط الخ يعني في النكاح الموقت يقول زفر هذا على اصلكم لا يصح النكاح اذا اسقط الوقت كذا في المسئلة التنازع فيها ۱۲ **عيني** **۲۰ قوله** وقد ارتفع الخ فصح البيع كما لو باع فصا في خاتم او جذعا في سقف ثم نزعه وسلمه ۱۲ **ن** **۲۱ قوله** وهذه الجهالة الخ جواب عما يقال ان الجهالة والفساد قد تقرر في ابتداء العقد فلا يفيد سقوطها كما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد ۱۲ **عيني** **۲۲ قوله** بخلاف النكاح الخ جواب عن قياس زفر على النكاح وتقريره انا قد قلنا ان العقد قد ينقلب جائزا قبل تقرر الفساد ولم نقل ان عقدا ينقلب عقدا آخر والنكاح الى اجل متعة وهي غير عقد النكاح فلا تنقلب نكاحا ۱۲ **ع** **۲۳ قوله** وهو عقد غير عقد النكاح لان عقد النكاح مندوب اليه والمتعة منهي عنه فلا يمكن العود الى النكاح عند اسقاط الاجل لعدم عقد النكاح اصلا ۱۲ **عيني** **۲۴ قوله** وقوله في الكتاب الخ ولا يجوز البيع الى الحصاد والدياس والقطاف وقدوم الحاج فان تراضيا باسقاط الاجل قبل ان يأخذ الناس في الحصاد والقطاف وقبل قدوم الحاج جاز البيع استحسانا ۱۲ **قدوری**

حواشی متعلقہ صفحہ ۳۲ **۱۷ قوله** فلا ينال الخ لان اشتراط الملائمة بين المشروع والاثر والملك نعمة لكونه ذريعة الى قضاء المآرب ووسيلة الى درك المطالب ۱۲ **ک** **۱۸ قوله** للتضاد اي بين النهي والمشروعية اذ النهي يقتضي القبح والمشروعية تقتضي الحسن فبينهما منافاة ۱۲ **عيني** **۱۹ قوله** في محله لان المبيع فيه مال والثمن مال من حيث ان طباع الانفس تميل الى الخمر والخنزير غير انه ليس بمتقوم لانه نهى الشرع ۱۲ **عيني** **۲۰ قوله** وفيه الكلام اي الخلاف فيما اذا كان مبادلة المال بالمال اما اذا لم يكن العوضان او احدهما مالا فالبيع باطل اجماعا لعدم ركنه ولا نزاع فيه ۱۲ **ک** **۲۱ قوله** لاقتضائه اي لاقتضاء النهي تصور المنهي عنه ولا يلزم ورود النهي في شيء لا يتكون وهو سفه حتى لا يقال للآدمي لا تطر وللاعمى لا تبصر فالنهي يكون عما يتكون ليكون العبد مبتلى بين ان يترك باختياره فيثاب وبين ان يأتي به فيعاقب عليه كذا قال العيني ۱۲ **مل** **۲۲ قوله** وانما المحظور ما يجاوره فان قيل هذا من قبيل ما يتصل به وصفا لا من قبيل ما يجاوره جمعا كما عرف في اصول الفقه قلنا اراد بالمجاور ان الفساد ليس لمعنى في عين المنهي عنه بل لمعنى في غير المنهي عنه وهو الاشتغال عن السعي او البيع ولا اشتغال في غير المنهي عنه وهو الشرط الزائد مثلا ۱۲ **ک** **۲۳ قوله** كما في البيع وقت النداء فان النهي فيه ورد لمعنى في غير المنهي عنه وهو الاشتغال عن السعي الى الجمعة فان قلت ذلك البيع مكروه وهو فاسد فما وجه الالحاق قلنا هما سيان في ان النهي فيهما غير راجع الى عين المنهي عنه وانما يرجع الى غيره لكن ذلك الغير ههنا متصل به وصفا فاثر في الفساد وثمه مجاور فاثر في الكراهة اظهار للقصور ۱۲ **مل** **۲۴ قوله** وانما لا يثبت الملك الخ تقرير ذلك انه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن ووجب على البائع تسليم المبيع لانهما من موجب العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لانه وجب الرفع بالاسترداد وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تقريره ولما كان واجب الرفع بالاسترداد يعني اذا كان المبيع مقبوضا فلان يكون واجب الدفع بالامتناع عن مطالبة احد المتعاقدين اولى لكونه اسهل ۱۲ **ع** **۲۵ قوله** كيلا يؤدي الخ وذلك لانا لو اثبتنا الملك قبل القبض لكنا مثبتين في ذلك سلامته عن المطالبة والاحضار والتسليم ثم الرفع بالاسترداد ۱۲ وبيع مشروع لشرائع الله تعالى فكان الفساد مضافا الى الشارع فكان فيه تقرير الفساد ولا يجوز ذلك بالبيع الفاسد لانه لا موجب للملك هناك سواه اما لو قلنا بثبوت الملك بعد القبض كان القبض مثبتا للملك لوجوب الضمان على القابض كما في القبض على سوم الشراء فكان تقرير الفساد مضافا الى العباد وذلك ليس ببعيد ۱۲ **ک**

حواشی متعلقہ صفحہ ۳۳ **۱۸ قوله** الا انه الخ جواب سوال يرد على قوله لقوة العقد يعني لما كان العقد قويا كان القياس ان لا ينفسخ من له الشرط ايضا ۱۲ **عيني** **۱۹ قوله** فلك التصرف الخ ورد بان المبيع لو كان ماكولا لم يحل اكله ولو كانت جارية لم يحل وطيها ذكره في شرح الطحاوي فلم يملك التصرف مطلقا واجيب بالمنع فان محمدا نص في كتاب الاستحسان على حلهما لان البائع سلطه على ذلك وذكر شمس الائمة الحلواني انه يكره الوطي ولا يحرم فالمذكور في شرح الطحاوي يحمل على عدم الطيب ولئن سلم فالوطي مما لا يستباح بصريح التسليط فبدلالته اولى وجواز التصرف باعتبار اصل الملك وهو ينفك عن صفة الحل ۱۲ **ح** **۲۰ قوله** لتعلق حق الخ فان قيل كان ينبغي ان ينقطع حق استرداد البائع من وارث المشتري شراء فاسدا لتعلق حق الورثة ولم ينقطع كما لا يخفى لتعلق الاسترداد من الموصى له قلنا انما كان كذلك لان ملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل الى الوارث كذلك حتى لو مات البائع كان لوارثه ان يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد واما الموصى له فهو بمنزلة المشتري الثاني لان له ملكا متجددا الثبوت لسبب اختياري نشأ ولهذا لا يرد بالعيب ۱۲ **ک**

تتمہ حواشی متعلقہ صفحہ ٣٤٣

٢٢١ قوله مقدم لحاجته فان قيل يشكل على هذا ما اذا كان حلالا في يد محيد ثم احرم يجب عليه ارساله وفيه تقديم لحق الله تعالى على حق العبد قلنا الوجوب الجمع بين الحقين وانما يصار الى الترجيح اذا لم يمكن وهنا امكن بان يرسل من يده في موضع بحيث لا يضيع ملكه ١٢ ك

٢٢٢ قوله ولانه حصل الخ معناه ان المبيع الثاني حصل بتسليط البائع الاول حيث كان القبض باذنه فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل ولو نقض باسترداده قبل وجود البيع الثاني فانه نقض ما تم من جهته والجواب ان الامر التمام فيه فان كلا من المتعاقدين يملك الفسخ والتمام فيه فاذا باع المشتري فقد تم ملكه فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته ١٢ ع

٢٢٣ قوله بخلاف تصرف الخ جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعا عن النقض لم ينقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه بها لكن الشفيع ان ينقضها ١٢ عيني

٢٢٤ قوله وما حصل الخ يعني ان هذه التصرفات التي وجدت من المشتري في الدار المشفوعة ما وجدت بتسليط من الشفيع حتى يقال بان في نقضها سعيا في نقض ما تم من جهته بخلاف المبيع بيعا فاسدا فان تصرف المشتري هناك وجد بتسليط من البائع فلا يجوز نقض تصرفات المشتري منه اذ لو جاز يلزم السعي في نقض ما تم من جهته وفي الذخيرة لان التسليط انما يثبت بالاذن نصا او باثبات الملك للتصرف ولم يوجد واحد منهما من الشفيع ١٢ ك

٢٢٥ قوله لانها لازمة فان الرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن كالكتابة في حق المولى واذا لم يتصل الرهن بالقبض فالراهن بالخيار ان شاء سلمه الى المرتهن وان شاء رجع عن الرهن ١٢ مل

٢٢٦ قوله بعجز المكاتب الخ وليس لتخصيصهما زيادة فائدة لان عود الاسترداد في جميع الصور اذا انتقض هذه التصرفات حتى لو رد عليه بعيب في البيع قبل القضاء بالقيمة كان له الاسترداد وكذلك اذا رجع في الهبة بقضاء او بغيره ثم عود الاسترداد في الجميع اذا لم ينقض بالقيمة اما اذا كان عجز المكاتب ونحوه بعد القضاء فلا ١٢ ن

حواشی متعلقہ صفحہ ٣٤٤

٢٢١ قوله يشمل النوعين حتى ان الغاصب والمودع اذا تصرف في المغصوب او الوديعة والوديعة والمغصوب وعرض من النقود وادى ضمانهما للمالك وبقي الربح يتصدق بالربح في قولهما الا ان فيما يتعين قد يدل مال الغير فيثبت حقيقة الخبث وفيما لا يتعين ان لم يمكن بدل مال الغير لان العقد لا يتعلق به بل يتعلق ذلك في الذمة لكن انما يوصل الى الربح باداء المغصوب والوديعة فيمكن فيه شبهة الخبث ١٢ ن

٢٢٢ قوله او تقدير الثمن بان اشار الى الدراهم المغصوبة ونقد من مال نفسه ١٢ ن

٢٢٣ قوله وعند فساد الخ يعني ان الخبث لفساد الملك ينقلب حقيقة شبهة اي كان من الخبث بسبب الحقيقة في الخبث لعدم الملك كما فيما يتعين يكون ذلك الخبث فيما يتعين شبهة لفساد الملك لان الخبث لفساد الملك ادنى من الخبث لعدم الملك والشبهة باعتبار عدم الملك فيما لا يتعين تنزل الى شبهة الشبهة فيما لا يتعين ١٢ عيني

٢٢٤ قوله تنزل الى شبهة الشبهة الخ لان تعلق سلامة المبيع وتقدير الثمن اللذين كانا شبهة خبث لحصولهما بمال الغير من كل جهة لم يبق كذلك بل بمال فيه شائبة ملك ١٢ ع

٢٢٥ قوله دون النازل عنها لانها لو كانت معتبرة لكان ما دونها معتبرة ايضا فلا يكون المبيع خاليا عن شبهة الشبهة فينسد باب التجارة الا وهو مفتوح ولان الاصل في الكسب الشبهة فقد عدل عن هذا الاصل في حق الشبهة فبقي ما انحط عنها على الاصل ١٢ ن

حواشی متعلقہ صفحہ ٣٤٦

٢٢١ قوله بيع جديد الخ ولهذا يثبت الشفعة للشفيع فيما اذا باع دارا فسلم الشفيع شفعته ثم تقايلا وعاد المبيع الى ملك البائع ولو كانت الاقالة فسخا في حق غيرهما لما كان له ذلك ١٢ عيني

٢٢٢ قوله الا ان لا يمكن الخ بان ولدت المبيعة ولدا بعد القبض لان الزيادة المنفصلة مانعة عن فسخ العقد حقا للشرع ١٢ ك

٢٢٣ قوله الا ان لا يمكن جعله بيعا كما لو تقايلا في المنقول قبل القبض او بيع العرض بالعرض بعد هلاك احدهما ١٢ ان

٢٢٤ قوله الا ان لا يمكن اي جعله فسخا ايضا كما في بيع العرض بالدراهم اذا تقايلا بعد هلاك العرض وكما اذا تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الاول بطلت الاقالة لانه تعذر اعتبارها بيعا لان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز وتعذر اعتبارها فسخا ايضا لان الفسخ انما يكون بالثمن الاول وقد سميا ثمنا آخر ١٢ ك

٢٢٥ قوله تعذر الخ بان تقايلا بعد القبض بالثمن الاول بعد الزيادة المنفصلة او تقايلا بعد القبض باكثر من الثمن الاول او بخلاف جنس الثمن الاول ١٢ ك

٢٢٦ قوله الا ان لا يمكن اي جعله بيعا ولا فسخا فيبطل كما في بيع العرض بالدراهم اذا تقايلا بعد هلاك العرض وكما اذا تقايلا في المنقول او غيره قبل القبض على خلاف جنس الثمن الاول ١٢ ١٢ س

٢٢٧ قوله ينبو عنه اي يبعد عليه يوفر على اللفظ ما اقتضاه من موضوعه اللغوي وقضية لفظ الاقالة هنا الفسخ والرفع فيجعل فسخا ١٢ ك

تتمہ حواشی متعلقہ صفحہ ۲۴۶ **۱۸ قولہ** ہو عقد البیع و عورض بانہ لو کانت بیعا و محتملا لانعقد البیع بلفظ الاقالۃ ابتداء و لیس کذلک واجیب بمنع بطلان اللازم علی المروی عن بعض المشائخ ۱۲ ع **۱۹ قولہ** و لہذا ای بکون الاقالۃ عبارۃ عما لا یملک المشتری الذی ہو عقد البیع یبطل الخ فیکون بالاقالۃ بیعا الا ان فی المنقول قبل القبض لو حملت علی البیع کان فاسدا فحملت علی الفسخ مجازا لکنہا مطلقا موسوۃ ۱۲ **عینی ۲۰ قولہ** و ہذہ احکام البیع و ہی بطلان الاقالۃ بہلاک السلعۃ فی ید المشتری بعد الاقالۃ و الرد بالعیب و ثبوت الشفعۃ بہا تدل علی ان الاقالۃ بیع فالاستدلال بالاثر علی العلۃ انما یصح اذا کان الاثر مخصوصا بذلک المؤثر کالاستدلال بالدخان علی النار و ہذہ الاحکام بہذہ المثابۃ لانہا لا توجد بدون البیع فصح الاستدلال بہا بخلاف الملک فانہ غیر مختص بالبیع ۱۲
ک **۲۱ قولہ** بکونہ الخ جواب عما یقال ان الاقالۃ بیع جدید فی حق الثالث و لو لم یحتمل البیع لم یکن ذلک ۱۲ ع

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۴۷ **۱ قولہ** و من اشتری مکیلا کالحنطۃ و الشعیر مکایلۃ ای بشرط الکیل بان قال اشتریت ہذا الطعام علی انہ عشرۃ اقفزۃ او موزونا کالحدید و الذہب موازنۃ ای بشرط الوزن بان قال اشتریت ہذا الحدید علی انہ عشرۃ امناء فاکتالہ ای کال النفس او اتزنہ ای وزن و انما قید باشتراہ لانہ لو ملک المکیل او الموزون بالہبۃ و المیراث او الوصیۃ یجوز لہ التصرف قبل الکیل و کذا او اقبض المکرہ ہو شم تصرف فیہ قبل الکیل جاز لجواز التصرف قبل القبض فی الثمن و انما قید الشراء بکونہ مکایلۃ او موازنۃ لانہ اذا اشتری المکیل او الموزون مجازفۃ جاز التصرف فیہ بیعا او اکلا او غیرہما قبل الکیل و الوزن و انما قال فاکتالہ او اتزنہ لیشیر الی ان تصرف المشتری موازنۃ او مکایلۃ قبل الوزن و الکیل لا یجوز و ان کیل او وزن مرۃ قبل شرائہ او بعد شرائہ بغیبتہ کذا فی الکفایۃ ۱۲ مل **۲ قولہ** حتی یعید الکیل الخ ای بعد شرائہ و لا یکتفی بکیل البائع حیث اشتری بایعہ و لا یرید بہ حتی یعید الکیل بعد القبض مع الکیل لان البیع انہ لو کال البائع بعد البیع بحضرۃ المشتری مرۃ یکفی بہ ۱۲ ک **۳ قولہ** نہی عن بیع الخ اخرجہ ابن ماجہ فی سننہ عن جابر قال نہی رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم عن بیع الطعام حتی یجری فیہ الصاعان صاع البائع و صاع المشتری انتہی ۱۲ ت **۴ قولہ** صاع البائع الخ اراد بصاع البائع صاعہ لنفسہ حین اشتریہ و بصاع المشتری صاعہ لنفسہ حتی بیبعہ جاء ہم علی ان المبیع الواحد لا یحتاج الی الکیل مرتین ۱۲ **عینی ۵ قولہ** لان الزیادۃ لہ المراد بالزیادۃ الزیادۃ علی التی کانت فی ذہن البائع و ذلک بانہ باع مجازفۃ و فی ذہنہ انہ مائۃ قفیز فاذا ہو ازید علی مائۃ و الزائد للمشتری فالمشتری اذا قبضہ جاز التصرف فیہ قبل الکیل و الوزن ۱۲ **عینی ۶ قولہ** او الذرع وصف قال الزیلعی ہذا اذا لم یسم لکل ذراع ثمنا و ان سمی فلا یحل لہ التصرف فیہ حتی یذرع ۱۲
در **۷ قولہ** بخلاف القدر ای الکیل فانہ لیس بوصف لانہ بازدیاد القدر لا یزید قیمۃ المقدر کخمسین منا من الحنطۃ اذا زاد علیہ خمسون اخری لا یزاد قیمۃ الخمسین الاولی ۱۲ **عینی ۸ قولہ** و ہو شرط ای الشرط کیل البائع و کیل المشتری و انما شرط ذلک لان المبیع ہنا و ل ما یحویہ الکیل او الوزن ہو مجہول قدر ما یزید و ینقص فما لم یکل لنفسہ او لم یزن لا یمتاز المبیع عن غیرہ فکان المبیع مجہولا فیفسد البیع ۱۲ ک **۹ قولہ** علی ما بینا و ہو ما اذا اشتری المسلم الیہ من رجل کرا و امر رب السلم بقبضہ فانہ البیع الا بصاعین لاجتماع الصفقتین بشرط الکیل احدہما شراء المسلم الیہ و ثانیہما قبض رب السلم لنفسہ و ہو کالبیع الجدید فیجتمع صفقتان ۱۲ ک **۱۰ قولہ** لانہ لیس بمال الربوا و لہذا جاز بیع الواحد بالاثنین فکان کالمذروع و حکمہ مر انہ لا یحتاج الی اعادۃ الذرع اذا باع بعد الذرع ۱۲ ع **۱۱ قولہ** لانہ لا یحل الخ الا تری ان من اشتری جوزا علی انہا الف فوجدہا اکثر لم یسلم لہ الزیادۃ و لو وجدہا اقل یسترد حصۃ النقصان عن البائع فکان کالموزون فلا بد لجواز التصرف من العد کالوزن فی الموزون ۱۲ ع

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۴۸ **۱ قولہ** و ذلک بالتماثل لانہ لو کان النقص من احد الجانبین لا یوجد التقابل من کل وجہ ۱۲ ان **۲ قولہ** او صیانۃ الخ لان عقد البیعین لو کان النقص کان فیہ اضاعۃ فضل حق ۱۲ ان **۳ قولہ** او تتمیما الخ یعنی فی المذہب المعنی انتشاط التماثل القبض فانہما لا یتعینان بالتعیین فیحتاج الی القبض لتحقیق المماثلۃ فکان تتمیم الفائدۃ فیہ باتصال التسلیم بالتماثل و یحتمل ان یکون معناہ ما فی الاصول کلما ای لو لم یکن کل واحد منہما مساویا للآخر لا یتم الفائدۃ بالقبض لانہ اذا کان احدہما انقص یکون نفعا فی حق احد المتعاقدین و ضررا فی حق الآخر و اذا کان مثلا للآخر یکون نفعا فی حقہما ۱۲ ان **۴ قولہ** ثم یلزم الخ و اذا کان حکم النص وجوب المماثلۃ و حرمۃ الفضل بناء علیہ فیعلل لعلۃ تؤثر فی ایجاب المماثلۃ و ہو القدر و الجنس لا الطعم و الثمنیۃ لان وجوب المماثلۃ لا یکون الا فی محل قابل لہا ۱۲ ک **۵ قولہ** و المماثلۃ الخ بیان علیۃ القدر و الجنس لوجوب المماثلۃ و لقائل ان یقول قد تبین ان المماثلۃ مشروط لجواز البیع فی الربویات و علتموہا بالقدر و الجنس فکان ذلک تعلیلا لاثبات الشرط و ذلک باطل و اجاب بان التعلیل للشرط لا یجوز لاثباتہ ابتداء و اما بطریق التعدیۃ من اصل فیجوز عند جمہور الاصولیین و ہو اختیار الامام المحقق فخر الاسلام و صاحب المیزان و ما نحن فیہ کذلک لان النص اوجب المماثلۃ شرطا لجواز البیع فی الاشیاء الستۃ فاثبتناہا فی غیرہا بالتعدیۃ لکنا حیاشا فاذا ثبت وجوب المماثلۃ شرطا و ہی بالکیل و الجنس یظہر الفضل الخ ۱۲ ۱۲ ۱۲ ع

تتمہ حواشی متعلقہ صفحہ ۴۴ ٢٣ قوله باعتبار الصورة الخ فالقدر عبارة عن التساوي في المعيار فيتصل به المماثلة صورة والجنس عبارة عن التشاكل في المعاني فيثبت به المماثلة معنى ١٢ عيني ٢٤ قوله يسوي الذات فان كيلا من بر يساوي كيلا منه من حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى لعدم الجنسية ١٢ ن ٢٥ ولا يعتبر الوصف جواب عما يقال اذا كانت المماثلة شرطا على ما علم كيف اهدر التفاوت في الوصف وهو الجودة في احد البدلين دون الآخر فاجاب بقوله ولا يعتبر الوصف اي صفة الجودة والرداءة لانه اي الوصف لا يعد تفاوتا عرفا اي من حيث العرف فان الناس لا يعدون التفاوت فيه معتبرا لقلته اولان في اعتباره اي التفاوت في الوصف سد باب البياعات في هذه الاشياء وهو مفتوح لان بيع هذه الاشياء لا يجوز متفاضلا ولا مجازفة فلم يبق الا حالة التساوي ولو اعتبر المساواة في الوصف تنسد باب البياعات لان الحنطة لا تكون مثل حنطة اخرى في الوصف لا محالة ١٢ عيني ٢٦ قوله يدا بيد اي حال كونهما سواء قلت منصوب بمعناه يوخذ من اطلاق حديث ابي سعيد رواه مسلم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد او استزاد فقد اربى الآخذ والمعطي فيه سواء انتهى ١٢ ت ٢٧ قوله والسبيل الخ اي السبيل في مثل الاشياء التي تعلق بها وجوه المنافع التوسعة والاطلاق لا التضييق فان السنة الالهية جرت في الانس وسائر الحيوانات بانه كلما كان احتياج المخلوقين اكثر كان اوفر كالهواء والماء وما يعد بهما على الترتيب واذا كان كذلك كان تعليله بما يوجب التضييق لسنة الالهية في مثله التوسعة تعليلا لما فيه الوضع وذكر في المبسوط الطعم من اعظم وجوه الانتفاع بالمال وكذلك الثمنية ١٢ ن

حواشی متعلقہ صفحہ ۴۵ ١٩ قوله وتعاقب القبض الخ جواب عن قول الخصم ولنا اذا لم يتقابض في المجلس الخ يعني ان التجار لا يفصلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغير المقبوض بعد ان يكون حالا لاختلاف الحال والمؤجل ١٢ ك ٢٠ قوله بخلاف النقدين اي الحال والمؤجل فان فيهما التعاقب يعد تفاوتا لانهم يفصلون فيهما ١٢ عيني ٢١ قوله ويجوز بيع البيضة بالبيضتين الخ ان كانا موجودين وان كان احدهما نسيئة لا يجوز لان الجنس بانفراده يحرم النساء فان قيل الجوز والبيض والتمر سلعة امثالا في ضمان المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنين اجيب بان التماثل في ذلك انما هو باصطلاح الناس على اهدار التفاوت فيعمل ذلك في حقهم وهو ضمان العدوان واما الربوا فهو حق الشرع فلا يعمل فيه اصطلاحهم فتعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوتة صغرا وكبرا ١٢ ع ٢٢ قوله لا تتعين الخ ولهذا لو قوبلت بخلاف جنسها كما اذا اشترى ثوبا بفلوس معينة فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة ١٢ ع ٢٣ قوله فتبطل الخ واعترض عليه بانها اذا كسدت باتفاق الكل لا تكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين واجيب بان لا تكون عروضا ايضا باصطلاحهما اذا كان الكل متفقا على ثمنيتها سواهما واجيب بان الاصل في الفلوس ان تكون عروضا فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الاصل فلا يجوز ان تكون ثمنا باصطلاحهما لوقوعه على خلاف الاصل واما اذا اصطلحا على كونها عروضا كان ذلك على وفاق الاصل فكان جائزا وان كان من سواهما متفقين على الثمنية وفيه نظر لانه ينافي قوله ان الثمنية في حقهما تثبت الخ ويمكن ان يقال معناه ان الثمنية قبل الكساد تثبت باصطلاحهما بشرط ١٢ ن

يكون من سواهما متفقين على الثمنية ١٢ ع ٢٤ قوله والعدد وزنيا جواب اشكال وهو ان يقال اذا خرج في حقهما عن ان يكون ثمنا فيعود وزنيا فكان هذا بيع قلد متفاضلا فيعطي منه ذلك لا يجوز فلم يكن في ابطال وصف الثمنية تصحيح هذا العقد فقال الاصطلاح في الفلوس كان على صفة الثمنية والعدد وهما في هذه المبايعة اعرضا عن اعتبار صفة الثمنية فيها وما اعرضا عن اعتبار صفة العدد وليس من ضرورة خروجها من ان يكون ثمنا في حقهما خروجها من ان تكون عددية كالجوز والبيض فهو عددي وليس بثمن فهذا باتفاقهما يصير بهذه الصفة ١٢ ك ٢٥ قوله فاسد العقد وفيه نظر لانه ادعى الخصم ولو ضم اليه ذلك والاصل حمله على الصحة كان له ان يقول الاصل حمل العقد عليها مطلقا او في غير الربويات والاول ممنوع والثاني لا يفيد ١٢ ع ٢٦ قوله بخلاف النقود الخ جواب عن قول محمد رح كبيع الدرهم بالدرهمين بأعيانهما لان النقود الثمنية خلقة اي من حيث الخلقة لا من حيث الاصطلاح فلا تبطل الثمنية باصطلاحهما ١٢ عيني ٢٧ قوله انه الخ اي ان هذا العقد نسيئة بنسيئة وهو منهي عنه عن ابن عمر رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يباع كالئ بكالئ يعني دينا بدين رواه ابن ابي شيبة واسحق بن راهويه والبزار في مسانيدهم قال في الفائق كلا الدين كلا تأخر فهو كالئ ١٢ عيني

حواشی متعلقہ صفحہ ۶۴۲ ‏۱۲ قوله لا اذا اي لا يجوز على ذلك التقدير اي تقدير النقصان بالجفاف ثم في قوله او بنقص

اذا جف اشارة الى انه يشترط لجواز العقد المماثلة في اعدل الاحوال وهو بعد الجفاف ولا يعرف ذلك بالمساواة بالكيل في الحال ۱۲ ن ۱۳ قوله

او كل تمر خيبر الخ قلت اخرج البخاري ومسلم عن ابي هريرة وابي سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث اخا بني عدي الانصاري فاستعمله على خيبر فقدم

بتمر جنيب فقال له رسول الله اكل تمر خيبر هكذا قال لا والله يا رسول الله انا لنشتري الصاع بالصاعين من الجمع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم

لا تفعلوا ولكن مثلا بمثل او بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا انتهى وقد كشفت طرق الحديث والفاظه فلم اجد فيه ذكر الرطب ۱۲ ت ۱۴ قوله سماه تمرا فان

قيل لو كان الرطب تمرا ينبغي ان يحنث فيما اذا حلف لا ياكل رطبا فاكل تمرا قلنا مبنى الايمان على العرف وفي العرف الرطب غير التمر ۱۲ ک ۱۵ قوله ولو كان

الخ ذكر في المبسوط ودخل ابو حنيفة رح بغداد فسئل عن هذه المسئلة وكانوا شددوا عليه لمخالفة الخبر فقال الرطب لا يخلو اما ان يكون تمرا او لم يكن فان كان تمرا

جاز العقد عليه لقوله عليه السلام التمر بالتمر وان لم يكن تمرا جاز العقد ايضا لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاوردوا عليه حديث سعد فقال هذا

الحديث دائر على زيد بن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه واستحسن اهل الحديث منه هذا الطعن حتى قال ابن المبارك رح كيف يقال ابو حنيفة رح لا يعرف

الحديث وهو يقول زيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه ۱۲ ک ۱۶ قوله والكان الخ فان قيل فبالنظر الى هذا الترديد ينبغي ان يجوز بيع الحنطة المقلية

بغير المقلية لان المقلية لا تخلو اما ان كانت حنطة او لم تكن فان كانت حنطة يجوز بيعها بالحنطة لقوله عليه السلام الحنطة بالحنطة وان لم تكن حنطة يجوز ايضا لقوله عليه السلام

اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم قلنا هذا احتجاج الى الاجل من الخصم اما الجواب لابي حنيفة رح عن قوله او ينقص اذا جف فاطلاق النبي عليه السلام اسم التمر على

الرطب ۱۲ ک ۱۷ قوله وهو ضعيف الخ وتاويل الحديث ان صح ان السائل كان وصيا ليتيم فلم ير رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك التصرف منفعة

لليتيم باعتبار النقصان عند الجفاف فمنع الوصي منه على طريق الاشفاق لا على وجه بيان فساد العقد كذا في المبسوط ولان الصحيح انه سئل عن بيع الرطب بالتمر نسيئا

كذا روى ابو داود في سننه وبه نقول ۱۲ ک ۱۸ قوله على هذا الخلاف ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف اشارة الى قوة دليل ابي حنيفة

رح ۱۲ ع ۱۹ قوله والوجه ما بيناه اي الوجه في بيع العنب بالزبيب ما بيناه في بيع الرطب بالتمر وهو ان الزبيب مع العنب ان كانا جنسا واحدا جاز بيع احدهما

بالآخر متماثلا كيلا وان كانا جنسين جاز ايضا ۱۲ ع ۲۰ قوله بالاتفاق والفرق لابي حنيفة رح بين بيع التمر بالرطب وبيع العنب بالزبيب

على هذه الرواية هو ان النص ورد باطلاق لفظ التمر على الرطب في قوله عليه السلام اكل تمر خيبر هكذا ولم يرد باطلاق اسم الزبيب على العنب ۱۲ ک

۲۱ قوله عندنا خلافا للشافعي رح لانه ربوي يتفاوت في اعدل الاحوال اعني عند الجفوف فلا يجوز كالحنطة مع الدقيق ۱۲ ع ۲۲ قوله

بيع الحنطة الرطبة الخ اي بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة او المبلولة بالمبلولة او الحنطة الرطبة بالمبلولة او باليابسة ۱۲ ع ۲۳ قوله المنقع بالفتح مخففا

لا غير من النقع الزبيب في الخابية ونقعه القاه فيها ليبتل ويخرج منه الحلاوة والمنقع من التنقيع لم يرد في الكتب المتداولة في اللغة ۱۲ ن ۲۴ قوله فقال محمد رح

الخ قال شمس الائمة الحلواني رح ان الرواية محفوظة عن محمد رح ان بيع الحنطة اليابسة بالمبلولة انما لا يجوز اذا ابتلت الحنطة وانتفخت اما اذا لم تنتفخ بعد لكن بلت من ساعته

بيعها باليابسة اذ اتساويا كيلا كذا في المحيط والذخيرة ۱۲ ک ۲۵ قوله يعتبر المساواة الخ ولم يوجد المساواة في المآل اذ بالجفاف ينتقص الرطبة ۱۲

حواشی متعلقہ صفحہ ۴۷ ‏۱ قوله اذا لم تتبدل بالصنعة قيل معناه ان اختلاف جنس الاصول دليل اختلاف جنس الفروع اذا لم تتبدل

بالصنعة فان الاجزاء المختلفة اذا اجتمع فيها صنعة تصير كجزء واحد بان تتخذ منها المعجون لا يجوز بيعه متفاضلا وفي مسئلتنا لم تتبدل بالصنعة فيكون الاجزاء مختلفة كاصولها

۱۲ ک ۲ قوله مثل الدقل الخ الدقل اردى التمر ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا اخرج الكلام على مخرج العادة ۱۲ ع ۳ قوله لاختلاف الخ

فان قيل ينبغي ان يكون جنسا واحدا لان المعز والضان جنس واحد حتى اعتبر اتحادهما في حق الالبان وفي حق تكميل النصاب قلنا نعم كذلك الا ان المقاصد فيهما قد اختلفت فان

الحبال الصلبة والمسوح انما تتخذ من شعر المعز دون اصواف الضان واللبود والقلانس انما تتخذ من صوف الضان دون شعر المعز فصار السبب اختلاف المقاصد جنسين مختلفين ۱۲

ک ۴ قوله لاختلاف الصورة الخ الاختلاف ههنا بالصورة اصيل معنى في الذهن حين تصوره ولا شك في ذلك عند تصور هذه الاشياء وما اختلاف المعاني فكذلك ما يفهم منه

عند اطلاق اللفظ وبها تختلف الاسماء والا اختلاف المنافع فكما قاله المصنف ۱۲ ع ۵ ببرگ العنب ... نام السين ... شگوفه ... خواننده ...

گر ... گویند ... گرد ... البته ... کلان گردد ... بعد ازان ... بعد ازان ...

بعدازان ... آن با ... بعد ازان تمر ... مگن

حواشی متعلقہ صفحہ ۴۵ ‏۱ قوله والبيع ... فان قيل في البيع ... بعض الفسخ ... الفسخ دون ... العقد ... الانفساخ دون ...

البيع بشرط الخيار جائز مع عدم الفسخ ۱۲ ملتقط ۲ قوله ... البيع قبل القبض ... الانفساخ ... البيع قبل القبض ۱۲ ک ۳ قوله لتكون البيع ... الخ

اذا حق البيع في ... كان البيع ... على ... المشتري ... تقدير ... ۱۲ ن ۴ قوله ...

حواشی متعلقہ صفحہ ۵۶ ١٤ قوله فلا تعيين الخ وذلك لان موضع الالتزام انما تعين للتسليم لسبب يستحق التسليم بنفس الالتزام كالقرض والاستهلاك والغصب والسلم لا يجب الا مؤجلا وانما استحقاق التسليم عند حلول الاجل وعند ذلك لا يدرى في اى مكان يكون ١٢ نهاية

١٥ قوله وصار كجهالة الصفة يعنى ان باختلاف الصفة في السلم فيه تختلف القيمة فكذلك باختلاف الاماكن تختلف ايضا ثم مع جهالة الصفة لا يجوز السلم فكذلك لا يجوز مع جهالة المكان لهذا المعنى كذا في البيان ١٢ عينى

١٦ قوله كما في صفة اى كما لو اختلفا في صفة الثمن او المثمن فان اختلاف الصفة يوجب اختلاف القيمة فهو كما لو اختلفا في جودته ورداءته ١٢ ف

١٧ قوله وقيل على عكسه اى لا يجب التحالف عنده بل القول للمسلم اليه وعندهما يجب التحالف ١٢ ع

١٨ قوله لان تعيين المكان الخ اى لان تعيين المكان عندهما لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من مقتضيات العقد والاختلاف فيها يوجب التحالف بالاجماع فيجب ان يكون هنا كذلك وعند ابى حنيفة رح لتعيين المكان لما لم يكن من مقتضيات العقد صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف فكذا هنا ١٢ ك

١٩ قوله وعلى هذا الخلاف الثمن المؤجل بان باع عبدا بكر موصوف في الذمة الى اجل يشترط بيان مكان الايفاء عنده في الصحيح وعندهما يتعين مكان العقد والاجرة بان استاجر دابة او دارا بمال له حمل ومؤنة دينا في الذمة عنده يشترط بيان مكان الايفاء وعندهما يتعين موضع الدار للايفاء وموضع تسليم الدابة وموضع العقد والقسمة عنده يشترط بيان مكان الايفاء بصحة القسمة في الصحيح وعندهما يتعين مكان القسمة للايفاء ١٢ ك

٢٠ قوله وما لم يكن له حمل الخ قيل الحمل والمؤنة هو ما يكون بحال لو امر انسانا بحمله الى مجلس القضاء لا يحمله مجانا وقيل هو ما لا يمكن رفعه بيد واحدة وقيل يحتاج في نقله الى المؤنة كالحنطة والشعير وما لا حمل فيها فهو ما لا مؤنة له كالمسك والكافور ١٢ ك

حواشی متعلقہ صفحہ ۵۷ ٢١ قوله اذ السلم وقع صحيحا اما ان اضاف العقد الى الدين مطلقا بان قال اسلمت اليك ما لي عليك كذا ثم جعل احدهما الدين فظاهر واما ان اضاف العقد الى الدين والعين جميعا بان قال اسلمت مائة الدين وهذه المائة في كذا فكذلك لان العقد لا يتقيد بالدين ولو قيد به بدليل ان من اشترى عبدا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد الا اذا كانا يعلمان عدم الدين فينعقد لامر آخر وهو نكاح جائز لان البيع حيث انعقد بيعا بلا ثمن ١٢ ف

٢٢ قوله وهذا اشارة الى قوله اذ السلم وقع صحيحا لان الدين لا يتعين في البيع باضافة العقد اليه بل العقد يتعلق بجنس الضمان لان الديون لا تتعين في العقود واذا كانت عينا فكذا اذا كانت دينا فصار الاطلاق والتقييد سواء فيه ١٢ مل

٢٣ قوله ولا يجوز الشركة الخ صورة الشركة ان يقول رب السلم لآخر اعطني نصف رأس المال حتى تكون شريكا في المسلم فيه وصورة التولية ان يقول رب السلم لآخر اعطني مثل ما اعطيت للمسلم اليه حتى يكون المسلم فيه لك وانه بيع بعض المبيع قبل القبض او بيع كله ١٢ ك

٢٤ قوله لانه تصرف فيه فان قيل ما وجه تخصيص الشركة والتولية بعد ما ذكر الامام منعهما وهو قوله ولا يجوز التصرف الخ قلنا ان احدا لا يشترى المسلم فيه لحاجته لكونه دينا ولا عينية فكونه حاضرا ظاهرا لو اشترى انما يشتريه بمثل ما اشتراه رب السلم رغبة في كله وهو التولية او بعضه وهو الشركة فخصهما لبيان التصرف فيهما من هذا الوجه ١٢

٢٥ قوله لان الاقالة الخ يعني ان الاقالة بيع جديد في حق ثالث غير المتعاقدين وهو الشرع والبيع يقتضي وجود المعقود عليه والمسلم فيه لا يصلح لذلك لسقوطه بالاقالة فلابد من جعل رأس المال مبيعا ليرد عليه العقد والا لكان بما فرضناه بيعا لم يكن بيعا بل باطل وهو صالح لذلك لانه دين مثل المسلم فيه وجعل الدين مبيعا ليس بمحال واذا كان شبيها بالمبيع والمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض فكذا ما اشبهه ١٢ ع

حواشی متعلقہ صفحہ ۶۰ ١٤ قوله وهذا كله هو الصحيح راجع الى قوله انه يجوز بيعا لا عدة والمعقود عليه العين دون العمل والى قوله لا يتعين الا بالاختيار لان في كل واحد منها قولا آخر فان قيل لو كان بيعا لما بطل بموت الصانع او المستصنع قلنا الاستصناع شبيه بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبيه بالبيع من حيث ان المعقود عليه عين المستصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت احدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود اجرينا القياس والاستحسان واثبتنا فيه خيار الرؤية ولم يوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في بيع العين ١٢ ك

حواشی متعلقہ صفحہ ۶۱ ١٣ قوله ودود القز كما في السراجية فان عندنا يجوز بيع العذرة والسرقين وقال الشافعي رح لا يجوز لانه نجس العين بمنزلة العذرة ولنا انه مال منتفع به عند الناس من غير نكير واما العذرة فلا ينتفع بها الا اذا اختلط بالتراب فح جاز بيعها ايضا كذا ذكره الامام قاضي خان في الجامع الصغير ١٢ ن

١٤ قوله ان الذي حرم الخ قال محمد في كتاب الآثار ان رجلا كنى ابا عامر كان يهدي لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل عام راوية من خمر فاهدى اليه في العام الذي حرمت فيه كما كان يهدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا ابا عامر ان الله قد حرم الخمر فلا حاجة لنا في خمرك قال فخذها يا رسول الله فبعها واستعن بثمنها على حاجتك فقال له النبي صلى الله عليه وسلم يا ابا عامر ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ١٢ ع

تمہ حواشی متعلقہ صفحہ ۶۱ ؎ قولہ ما علمہم الخ قلت لم اعرف الحدیث الذی اشار الیہ المصنف ولم یتقدم فی ہذا المعنی الا حدیث معاذ وہو فی کتاب الزکوٰۃ وحدیث بریرۃ وہو فی کتاب السیر ولیس فیہا ذلک ۱۲ ت ؎ قولہ وانہم مکلفون یعنی بالمعاملات بالاتفاق محتاجون الا ما یبقی نفوسہم کالمسلمین ولا یبقی النفس الا بالطعام والشراب والکسوۃ والسکنی ولا یحصل ہذہ الاشیاء الا بمباشرۃ الاسباب المشروعۃ ومنہا البیع فیکون کذلک وما فی حقہم کما فی حق المسلمین ۱۲ ع ؎ قولہ کالمسلمین حتی ان الذمی اذا باع مکیلا او موزونا بمکیل او موزون من جنسہ متساویا جاز ولا یجوز متفاضلا ۱۲ ک ؎ قولہ ولو ہم الخ انقلاب الی العمال وکانوا یا خذون فی الجزیۃ المیتۃ والخنزیر والخمر والمعنی جعلوہم ولاۃ بیعہا والتولیۃ الی الجمع والیا کذا فی النہایۃ ۱۲ مل

حواشی متعلقہ صفحہ ۶۲ ؎ قولہ فیملک الخ لان الاصل الحجیل فی مطلق المواضع ومطلق الاغذیۃ بل لغذار خاص وبمکان خاص فاذا عسل فی ارضہ علم انہ من نبات ذلک الارض کالشجر ۱۲ ان ؎ قولہ الصرف ہو البیع الخ ہذا قول القدوری وانما قال من جنس الاثمان ولم یقتصر علی قولہ بیع ثمن لیدخل بیع المصنوع بالمصنوع او بالنقد فان المصنوع لسبب اتصال الصنعۃ لم یبق ثمنا صریحا ولہذا یتعین فی العقد ومع ہذا بیع صرف ۱۲ ف ؎ قولہ من جنس الاثمان الاموال انواع نوع ثمن بکل حال کالنقدین صحبہ الباء اولا قوبلت بجنسہا او بغیرہ ونوع مبیع بکل حال وہو ما لیس من ذوات الامثال کالثیاب والدواب والممالیک ونوع ثمن من وجہ مبیع من وجہ کالمکیل والموزون فانہ اذا کان معینا فی العقد کان مبیعا وان لم یکن معینا وصحبہ الباء وقابلہ مبیع فہو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح وہو سلعۃ فی الاصل فان کان رائجا کان ثمنا وان کان کاسدا کان سلعۃ واقسام بیع الصرف ثلثۃ بیع الذہب بالذہب وبیع الفضۃ بالفضۃ وبیع احدہما بالآخر وشروطہ ثلٰثۃ الاجال التقابض قبل الافتراق بدنا وان لا یکون فیہ خیار ولا اجل ۱۲ مل ؎ قولہ بجوز فی ہذا الآسان بخرا گرفت آنرا چشم پوشی کرد تجوز الدراہم قبول کرد درہمہا را باآنکہ نبوشش بعد زند ۱۲ مں

حواشی متعلقہ صفحہ ۶۹ ؎ قولہ کتاب الکفالۃ رکنہا الایجاب والقبول عند ابی حنیفۃ ومحمد خلافا لابی یوسف فی قولہ الآخر حتی ان عندہما الکفالۃ لا تتم بالکفیل وحدہ سواء کفل بالمال او بالنفس ما لم یوجد قبول المکفول لہ او قبول اجنبی عنہ فی مجلس العقد وقال ابو یوسف آخرا الکفالۃ تتم بالکفیل وحدہ القبول والطلاب من غیرہ ولم یوجد واما شرطہا کون المکفول بہ مقدور التسلیم من الکفیل حتی لا یصح الکفالۃ بالحدود والقصاص وان یکون دینا صحیحا ولہذا لم یصح الکفالۃ ببدل الکتابۃ واما اہلہا فاہل التبرع بان کان حرا مکلفا فلا یصح من العبد والصبی وحکمہا وجوب المطالبۃ علی الکفیل ۱۲ ک ؎ قولہ وکفلہا زکریا ای ضمہا الی نفسہ وقرئ فی شذ بالتخفیف ونصب زکریا ای جعلہ کافلا لہا وضامنا لمصالحہا ۱۲ ع ؎ قولہ والاول ای ضم الذمۃ الی الذمۃ فی المطالبۃ اصح لانہ لو وجب الدین فی الذمۃ الکفیل ولم یبرء الاصیل یصیر الدین الواحد دینین ۱۲ ن ؎ قولہ اذ لا قدرۃ لہ الخ اما اذا کانت الکفالۃ بغیر امرہ فظاہر وان کان بامرہ فلان امرہ بالکفالۃ لا یثبت لہ ولایۃ فی نفسہ لیسلم ۱۲ عنایہ

حواشی متعلقہ صفحہ ۷۰ ؎ قولہ ما یجب فیہا الاستیثاق ای بالتکفیل فاذا لم یکفل عندہ ما اذا امتنع منہ قال یلازمہ الی وقت قیام القاضی فان حضر البینۃ فیہا والا خلی سبیلہ ہذا اذا لم یقم البینۃ واما اذا اقام شاہدین مستورین او شاہد عدل ویکفل عندہ ایضا ولکن یحبسہ للتہمۃ والحبس ہہنا مشروع لما روی ان النبی علیہ السلام حبس رجلا للتہمۃ ۱۲ ن ؎ قولہ کما فی التعزیر ای یجبر المطلوب علی اعطاء الکفیل فی الشیء الذی یجب التعزیر فان التعزیر محض حق العبد ویسقط باسقاطہ ویثبت بالشہادۃ علی الشہادۃ ویحلف فیہ فیجبر علی اعطاء الکفیل فیہ کالاموال ۱۲ ک ؎ قولہ ولا یحبس فیہا ای فی الحدود والقصاص وفی بعض النسخ فیہما ای فی حد القذف والقصاص ۱۲ ن ؎ قولہ او شاہد عدل فان قیل قد علم تحبس باقامۃ شاہد عدل ومعنی الاحتیاط فی الحبس اکثر من اخذ الکفیل فلما الحبس لیس للاحتیاط ولکن للتہمۃ الدعارۃ والفساد فیحبس تعزیرا لہ ۱۲ ک ؎ قولہ یعرفہ القاضی ای یعرفہ کونہ عدلا فان کان مجہولا لا یحبسہ لانہ انعدم العدد والعدالۃ ۱۲ ن ؎ قولہ للتہمۃ فی الصحاح والمغرب التہمۃ بالتحریک واصل التاء فیہ واو من وہمت الشیء اہمہ وہما من باب ضرب ای وقع فی خلدی والوہم ما یقع فی القلب من الخاطر واتہمت فلانا بکذا والاسم التہمۃ بالتحریک واصلہ اوہمت کما فی اتکلت اصلہ اوتکلت بمعنی اعتمدت قلبت الواو یاء لانکسار ما قبلہا ثم ابدلت منہا واد غمت فی تاء الافتعال ۱۲ ف

تتمہ حواشی متعلقہ صفحہ ۲۰۷ ۲۱ قولہ التہمۃ تثبت الخ اعلم ان الحبس مشروع من باب دفع الفساد وهو ثابت بالآیات والروایات تثبت بالحد شرعیا وقد قیل ان الحبس الی التہمۃ قبل ثبوت المدعی بالحجۃ بیانی الدنیا بالشبہات والدرء ثابت لقولہ صلی اللہ علیہ وسلم ادرؤا الحدود بالشبہات ویمکن ان یجاب بان یحمل قولہ علی ان المراد بہ اشتباہ الحاکم ایضا بالشہادات ونحوہا ان الدرء انما یکون بالشہادات حد لم الافضاء الی فساد العالم الذی شرع الحد ولاجلہ فان جلد هذا شطر من الشہادۃ ولم یحبس الحاکم المتہم بانہ شہادۃ فی ذلک وهو قادح فی الحد اذا تعلق بہ حقوق العباد او یحبس حتی یسئل الشہود او التہم لمدعیہ بالقضاء لما ضعف عن الحاکم والحبس من النبی صلی اللہ علیہ وسلم فی ذلک مع قطعہا بالجواز حیث لم یکن صلی اللہ علیہ وسلم من یتہم بذلک ثم اوضح بحث الکلام فصل العقد والتعلیم ۱۲ ع ۲۲ قولہ الحد بما فیہ حق العبد یجوز ان یطالب الحبس ان یتجزی او یحد والقصاص اقصی العقوبۃ القتل او الضرب والحبس نوع عقوبۃ فیجوز ان یعاقب بہ قبل ثبوت الحد والقصاص ۱۲ عینی ۲۳ قولہ یصل الی الخ ای لان اخذ الکفیل لما جاز عندہما جاز ان یستوثق فیستغنی عن الحبس بہا ۱۲ ع ۲۴ قولہ فی الخراج اسماؤہ والخراج لانہ فی حکم الصلات دون الدیون المطلقۃ ووجوبہ بحق الشرع کالزکوۃ فکان ینبغی ان لا یصح الکفالۃ والرہن بہ ۱۲ ان ۲۵ قولہ لانہ دین الاتری انہ یحبس ویمنع لاجلہ من وجوب الزکوۃ فیجوز ان کسائر الدیون کذا فی الفوائد الظہیریۃ فان قیل دین الزکوۃ لہ مطالب من جہۃ العباد واما فی الاموال الظاہرۃ فالامام واما فی الاموال الباطنۃ فکما کانہم نواب عن الامام ومع ذلک لا یجوز الکفالۃ بدین الزکوۃ قلت قال الامام التمرتاشی الزکوۃ لیست بدین بل هی عبارۃ عن تملیک المال ابتداء ولذا لا یؤخذ من ترکتہ بعد موتہ ۱۲ ع ۲۶ قولہ فی الکتاب لانہ یطالب بہ ای یطالب بہ فی الحیوۃ والممات احترازا عن دین الزکوۃ وقولہ یمکن الاستیفاء احترازا عن الحدود والقصاص ۱۲ ن ۲۶ قولہ مطالب بہ الخ ثم قولہ دین مطالب راجع الی الکفالۃ وقولہ یمکن الاستیفاء راجع الی الرہن ای یطالب بہ فیصح الکفالۃ لان الکفالۃ تقتضی دینا یطالب بہ ویمکن الاستیفاء فیصح الرہن لان الرہن توثیق لجانب الاستیفاء ۱۲ ک ۲۷ قولہ موجب العقد الخ موجب الکفالۃ کونہا مشروعۃ لتحمل المطالبۃ وموجب الرہن کونہ مشروعا مضمونا یمکن استیفاؤہ من الرہن ۱۲ عینی ۲۸ قولہ التزام المطالبۃ ای ان یلتزم الکفیل ضم ذمتہ الی ذمۃ الاصیل فی المطالبۃ بان یکون مطلوبا باحضار المکفول عنہ کما انہ مطلوب بالحضور بنفسہ ۱۲ ع ۲۹ قولہ واما الکفالۃ بالمال الخ ہو عدیل قولہ اول الباب الکفالۃ ضربان کفالۃ بالنفس وکفالۃ بالمال من حیث المعنی فان المعادلۃ الصریحۃ ان یقول اما الکفالۃ بالنفس وہو انما قال فالکفالۃ بالنفس الخ ۱۲ ف ۳۰ قولہ اذا کان دینا صحیحا ای الدین الذی لا یسقط الا بالاداء او الابراء بخلاف دین الکتابۃ فانہ دین ضعیف لانہ یثبت مع المنافی وہو الرق ولہذا یستبد المکاتب باسقاط بدل الکتابۃ بتعجیز نفسہ ۱۲ ک

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۰۳ کفلت ۱۶ قولہ الا انہ یصح الخ ای الکفالۃ تثبت حالۃ ویبطل الاجل بخلاف ما لو علقہا بہا نحو اذا ہبت الریح فقد کفلت بمالک علیہ فان الکفالۃ باطلۃ اصلا فالحاصل ان الشرط الغیر الملائم لا تصح معہ الکفالۃ اصلا ومع الاجل الغیر الملائم تصح حالۃ ویبطل الاجل لکن تعلیل المصنف ہذا بقولہ لان الکفالۃ لما صح تعلیقہا بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدۃ کالطلاق والعتاق یقتضی ان فی التعلیق بغیر الملائم یصح الکفالۃ حالۃ وانما یبطل الشرط المصرح بہ فی المبسوط وفی فتاوی قاضی خان ان الکفالۃ باطلۃ فتحیر ان یحمل لفظ تعلیقہا علی معنی تاجیلہا بجامع ان کل منہما عدم ثبوت الحکم فی الحال وقلد ہذا الاستعمال لفظ المبسوط فانہ ذکر التعلیق واراد التاجیل ہذا وظاہر شرح الاتقانی المشی علی ظاہر اللفظ فانہ قال فیہ الشرط اذا کان ملائما جاز تعلیق الکفالۃ ومثل بقولہ اذا استحق المبیع فانا ضامن لک ثم قال وان کان بخلاف ذلک کہبوب الریح ومجی المطر لا یصح التعلیق ویبطل الشرط لکن تنعقد الکفالۃ ویجب المال لان کل ما جاز تعلیقہ بالشرط لا یفسد بالشروط اصلہ الطلاق والعتاق ۱۲ ف ۱۷ قولہ لما صح تعلیقہا الخ المراد بالتعلیق بالشرط الاجل مجازا بالقرینۃ قولہ ویجب المال حالا وتقریرہ ان الکفالۃ لما صح تاجیلہا باجل متعارف لم تبطل بالآجال الفاسدۃ کالطلاق والعتاق ۱۲ ع ۱۸ قولہ کالطلاق والعتاق ای کما ان الشرط المجہول فی الطلاق والعتاق یبطل ویصح الطلاق والعتاق بان قال اعتقت عبدی او قال طلقت امرأتی الی قدوم الحاج او الحصاد ۱۲ عینی رح

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۰۴ ۲۰ قولہ فان صالح الکفیل الخ المسئلۃ علی اربعۃ اوجہ ان شرطا براءتہما فی الصلح بریا جمیعا عن خمسمائۃ وان شرطا براءۃ المطلوب فکذلک یبرآن جمیعا وان شرطا براءۃ الکفیل لا غیر بری الکفیل عن خمسمائۃ لا غیر وان لم یشترطا فی الصلح براءۃ واحد منہما بان قال الکفیل للطالب صالحتک عن الالف علی خمسمائۃ ولم یزد علی ہذا وہی مسئلۃ الکتاب بریا جمیعا لانہ اضاف الخ ۱۲ ک ۲۱ قولہ ولو کان صالحہ عما استوجب بالکفالۃ ای ما وجب بالکفالۃ وہی المطالبۃ صورتہ ما ذکر فی المبسوط انہ لو صالح علی مائۃ درہم علی ان یبرء الکفیل خاصۃ من الباقی رجع الکفیل علی الاصیل بمائۃ ورجع الطالب علی الاصیل بتسعمائۃ لان ابراء الکفیل یکون فسخا للکفالۃ ولا یکون اسقاطا لاصل الدین ۱۲ ک

حواشے متعلقہ صفحہ ۷۵ ۱۶ قولہ بتسلیم المبیع الخ فان ہلک المبیع فلا شیٔ علی الکفیل لان العقد قد انفسخ و وجب علی البائع رد الثمن والکفیل لم یضمن الثمن و ان ہلک الرہن عند المرتہن فکذلک لان عین الرہن ان کان بمقدار الدین او زائدا علیہ والزیادۃ علیہ من مالیتہ کان امانۃ فی ید المرتہن والضمان فیہا ۱۲ ع ۱۷ قولہ او بتسلیم الرہن الخ ای کفل بتسلیم الرہن عن المرتہن الی الراہن بعد ما استوفی المرتہن الدین ۱۲ ک ۱۸ قولہ او بتسلیم المستاجر الخ ما کان امانۃ فانہ ان کان غیر واجب التسلیم کالودیعۃ ومال المضاربۃ والشرکۃ فان الواجب عدم المنع عند الطلب لا التسلیم لا یجوز الکفالۃ بتسلیمہ لعدم وجوبہ کما لا یجوز بعینہا وان کان واجب التسلیم کالمستاجر اذا ضمن رجل بتسلیمہ الی المستاجر کمن استاجر دابۃ وعجل الآخر ولم یقبضہا وکفل لہ بذلک کفیل صحت الکفالۃ وعلی الکفیل تسلیمہا ما دامت حیۃ فان ہلکت فلیس علی الکفیل شیٔ لان الاجارۃ انفسخت وخرج الاصل عن کونہ مطالبا بتسلیمہا وانما علیہ رد الاجر والکفیل تکفل بہ ۱۲ ع ۱۹ قولہ لانہ التزم فعلا وہذا اشارۃ الی التفرقۃ بین ما یکون واجب التسلیم وما لا یکون کما فصلنا ۱۲ ع ۲۰ قولہ لانہ ای الکفیل عاجز عنہ ای عن الحمل علی الدابۃ المعینۃ لان الدابۃ المعینۃ لیست فی ملکہ والحمل علی دابۃ نفسہ لیس بحمل علی تلک الدابۃ ۱۲ ع ۲۱ قولہ فی بعض النسخ ای نسخ کفالۃ المبسوط وفیہ ان نسخ کفالۃ المبسوط لم تتعدد وانما ہی نسخۃ واحدۃ فالوجود فی بعضہا دون بعض یدل علی ترک فی البعض او زیادۃ فی آخر وذکر فی الایضاح وقال ابو یوسف رح یجوز ثم قال وذکر قولہ فی الاصل فی موضعین فی شرط الاجارۃ فی احدہما دون الآخر وعلی ہذا یجوز ان یکون تقدیر کلامہ فی بعض مواضع نسخ المبسوط ۱۲ ع

حواشے متعلقہ صفحہ ۷۶ ۱ قولہ لکنہ فی الحکم الخ دفع دخل مقدر تقریرہ ان المال ایضا یوصف بالوجوب یقال علی فلان الف درہم ثمن بیع او ضمان استہلاک وحاصل الدفع ان الدین فی الحکم مال لانہ لا یتحقق ذلک الفعل ای الاداء فی الخارج بسبیل الا بتملیک طائفۃ من المال فاضاف المال بالوجوب لان الدین یؤول الی المال فی المال فکان وصفا مجازیا ۱۲ مل ۲ قولہ منسقط ضرورۃ لان کل فعل یقتضی القدرۃ والقدرۃ انما یکون بنفسہ او بخلفہ وہہنا معدومان ۱۲ ع ۳ قولہ والتبرع لا یعتمد قیام الدین فان من قال لفلان علی فلان الف درہم وانا کفیل صحت الکفالۃ وعلیہ ادائہ وان لم یوجد الدین اصلا وان بطلان الدین انما ہو فی حق المیت لا المستحق لان الموت یخرج من تمام ہو المحلیۃ واذا کان باقیا فی حق المستحق حل لہ ان یاخذ بدینہ ما تبرع بہ المتبرع ۱۲ ع ۴ قولہ واذا کان الخ جواب عن قولہما وکذا یبقی الخ بیانہ ان القدرۃ شرط الفعل اما بنفس القادر او بخلفہ واذا کان بہ کفیل او لہ مال لم تنتف القدرۃ بخلفہ وہو الکفیل او المال فی حق بقاء الدین باق وقولہ او الافضاء الی الاداء تنزل ای الکفیل والمال ان لم یکونا خلفین فالافضاء الی الاداء موجود وہما باق بخلاف ما اذا عدما ویجوز ان یکون فی الکلام لف ونشر وتقدیرہ بخلفہ وہو الکفیل او بالافضاء ای بما یفضی الی الاداء وہو المال الحق وعلی ہذا اشترط فی القدرۃ اما نفس القادر او خلفہ او المفضی الی الاداء ۱۲ ع ۵ قولہ قضاء الخ ای دفع المطلوب المال الی الکفیل علی وجہ القضاء بان قال لانی لا آمن ان یاخذ منک الطالب حقہ فانا اقضیک المال قبل ان تودیہ ۱۲ ک ۶ قولہ لا یبطل ہذا الاحتمال ای لم یبطل ہذا الاحتمال اداء الاصیل بنفسہ حق الطالب لان لا یسترد لان الدفع اذا کان لغرض لا یجوز الاسترداد فیہ ما دام باقیا لئلا یکون سعیا فی نقض ما اوجبہ ۱۲ ع ۷ قولہ کمن عجل زکوتہ الخ تعلق بالمقبوض حق القابض علی احتمال ان یتم الحول والنصاب کامل فلم یجز استردادہ ما دام یبقی ہذا الاحتمال ۱۲ ف ۸ قولہ علی ما ذکر یرید ما ذکرہ قبیل ہذا فی تعلیل المسالۃ ان الکفیل لو عجل فیہ رح و ہو قولہ لانہ ملکہ حین قبضہ الخ ۱۲ ف ۹ قولہ بخلاف ما اذا کان الدفع علی وجہ الرسالۃ بان قال المطلوب للکفیل خذ ہذا المال وادفعہ الی الطالب حیث لا یصیر المودی ملکا للکفیل بل ہو امانۃ فی یدہ فلہ الاسترداد کذا قال ابو اللیث رح ۱۲ ک ۱۰ قولہ لانہ وجب الخ توجیہہ انہ وجب للکفیل علی المکفول عنہ من الدین مثل ما وجب للطالب علی المکفول عنہ لا علی الکفیل رح لمنافاۃ بینہ وبین ما تقدم ان الکفالۃ ضم ذمۃ الی ذمۃ فی المطالبۃ لان بالنسبۃ الی الطالب لیس علی الکفیل الا المطالبۃ واما ان یکون للکفیل دین علی المکفول عنہ مثل ما بین الطالب فلا ینافی ذلک فیکون الواجب عند الکفالۃ دینین وثلث مطالبات دین ومطالبۃ مالین للطالب علی الاصیل ومطالبۃ فقط علی الکفیل بناء علی ان الکفالۃ ضم ذمۃ الی ذمۃ فی المطالبۃ ودین ومطالبۃ للکفیل علی الاصیل الا ان المطالبۃ متاخرۃ الی وقت الاداء فیکون دین الکفیل مؤجلا لہذا لیس لہ ان یطالبہ قبل الاداء فان قیل ما معنی قولہ فنزل منزلۃ الدین المؤجل وہو مؤجل قلنا معناہ فنزل ہذا الدین المؤجل منزلۃ دین مؤجل لم یکن بالکفالۃ وفی ذلک اذا قبضہ معجلا ملکہ فکذا ہہنا ۱۲ ع ۱۱ قولہ الا ان الخ لما کان یرد ان فی ہذا الربح الحاصل للکفیل بتصرفہ فی المقبوض نوع خبث وقد ادی الاصیل الدین نوع خبث ینبغی ان یتصدق بہ لان حق المال الخبیث التصدق بہ فقال الا ان فیہ نوع خبث ای علی قول ابی حنیفۃ رح مبنیہ ای فی مسئلۃ الکفالۃ بالکر وہو قولہ فی تعلیل قول ابی حنیفۃ رح ولانہ تمکن الخبث مع الملک لانہ بسبیل من الاسترداد الخ واما اذا اقضاہ الکفیل فلا خبث فیہ اصلا فی قولہم جمیعا واذا قبضہ علی وجہ الرسالۃ فالربح لا یطیب لہ فی قول ابی حنیفۃ ومحمد رح لانہ من اصل خبیث وفی قول ابی یوسف رح یطیب لان الخراج بالضمان وہذا الفرع اذا تصرف فی الودیعۃ وربح فیہ بناء علی ہذا الاختلاف ۱۲ مل

حواشی متعلقہ صفحہ ۹۰ [illegible] قوله وعند نفى بيع الحق الثاني بالاول وابو يوسف رح فيما يرى وعنه الحق الاول بالثاني فهذا وقع في حاشية النسخ وهذا ليس بصحيح بل الصحيح عكسه وهو ان يقال الثاني نفى الحق الاول بالثاني وابو يوسف فيما يروى عنه الحق الثاني بالاول ذلك ان عنده الثاني نفى بيع القول قول المقر في الفصلين جميعا لكان الاقرار بالدين وهو المذكور اولا في الرواية لمطابقا للثاني وهو الاقرار بالكفالة وذلك لما يستفاد فيما قلنا ومذهب ابي يوسف فيما يروى عنه على عكسه ووجهه ان الشافعي رح ان الدين نوعان حال ومؤجل فاذا اقر بالمؤجل فقد اقر باحد نوعي الدين فالقول قوله وجه ابي يوسف رح انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الا بحجة الا ترى انه لو اقر بالكفالة على انه بالخيار جاز اقراره بالكفالة ودعواه الخيار لما قلنا فكذا دعوى الاجل ١٢

ف [illegible] قوله لم يأخذ الكفيل الخ لان مع احتمال اجازة المستحق للبيع القائم ثابت فما بقي هذا الاحتمال يبقى الملك بخلاف ما اذا قضي على البائع برد الثمن لانتفائه حينئذ ١٢ ف [illegible] قوله لا ينتقض الخ فلو كان الثمن عبدا فاعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ اعتاقه ١٢ ع [illegible] قوله بخلاف الخ يعني فان قيل اذا قضى القاضي بالحرية فبمجرد القضاء بها ما ثبت للمشتري حق الرجوع فما الفرق بينها وبين الاستحقاق فاجاب عنه المصنف رح بقوله بخلاف الخ ١٢ ع

[illegible] قوله انه يبطل البيع الخ فيأخذ الكفيل قبل ان يقضي على البائع بالثمن لان الضمان توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك على الكفيل ١٢

ف [illegible] قوله في ترتيب الاصل اي في ترتيب محمد رح فانه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون فخالف الترتيب سائر الكتب تبركا بما املى به ابو يوسف فان محمدا اخذ ما املى به ابو يوسف بابا وجعله اصلا وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب وكان اصل الكتاب من تصنيف ابي يوسف وزيادته من تصنيف محمد رح ولذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتداء املاء ابي يوسف رح في هذا الكتاب من باب المأذون فلم يغيره محمد رح تبركا ثم رتبه ابو عبد الله الزعفراني تلميذ محمد بن الحسن على هذا الترتيب الذي هو عليه اليوم

ع [illegible] قوله قد يقع على الصك القديم لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهد وقد يقع على العقد لان العهدة من العهد كالعقدة من العقد والعقد والعهد واحد وعلى حقوقه لانها من ثمرات العقد وقد تطلق على خيار الشرط كما جاء في الحديث عهدة الرقيق ثلثة ايام اي خيار الشرط ١٢ كفايه

حواشی متعلقہ صفحہ ۹۲ [illegible] قوله من الدين للمتاخرين اختلاف في ان الحوالة توجب براءة المحيل عن المطالبة والدين ام عن المطالبة دون الدين وانما اختلفوا الذكر محمد رح مسائل تدل على القولين منها ان المحتال اذا وهب الدين من المحيل او ابراه من الدين بعد الحوالة لا تصح هبته وابراءه ولو بقي الدين في ذمته وجب ان يصح ولو ابرأ المحتال عليه او وهب له صح وهذا يقتضي تحول الدين الى ذمة المحتال عليه وبراءة المحيل عنه ومنها ان المحتال اذا ابرأ المحتال عليه صح ولا يرتد بالرد ولو انتقل الدين الى المحتال عليه وجب ان يرتد برده كما لو ابرأ المحيل قبل الحوالة فصار الحاصل ان الحوالة نقل صورة حتى لا يتمكن من مطالبة المحيل قبل ان يتوى المال على المحتال عليه وتأجيل معنى حتى لو توى يرجع المحتال على المحيل فكان محمد رح اعتبر النقل في بعض الاحكام واعتبر التأجيل في البعض لكن عملا بهما ١٢ مل

[illegible] قوله النقل لغة واعترض عليه بالحوالة بغير امر المحيل فانها حوالة صحيحة كما مر ولا نقل فيها ولا تحويل وهو نقض اجمالي والجواب بانا لا نسلم ان لا نقل فيها فانه بعد اداء الدين ظاهر التحقق ولهذا لا يبقى على المحيل شيء ١٢ ع

[illegible] قوله وانما يجبر الخ جواب سؤال مقدر هو ان يقال لما انتقل الدين بالحوالة من ذمة المحيل كما قلتم يجب ان يكون المحيل في ادائه متبرعا والمتبرع لو ادى دين مديون لا يجبر رب الدين على القبول وههنا يجبر فعلم انه لم يكن متبرعا فعلم لم يكن متبرعا فعلم ان الدين في ذمته باق كما كان فعلم لم يوجد معنى الحوالة وهو النقل ١٢ نهايه

حواشی متعلقہ صفحہ ۹۳ [illegible] قوله للغرماء خلافا لزفر رح وهو القياس لان دين غرماء المحيل تعلق بمال المحيل وهو صار اجنبيا من هذا المال ولهذا لا يكون له اخذه في حيوته وكذا بعد وفاته لان المحتال كان احق تعلقا بهذا المال لتعلق حقه به في صحته وحق الغرماء لم يتعلق في صحته فيتقدم المحتال على غيره كالمرتهن قلنا العين الذي بيد المحتال عليه للمحيل والدين الذي له عليه لم يصر مملوكا للمحتال بعقد الحوالة لا يدا ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك وانما وضعت للنقل واما المرتهن فانه ملك المرهون يدا وحبسا فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا فلا يكون لغيره ان يشاركه فيه ١٢ ع

[illegible] قوله بخلاف المطلقة وهي ان يقول المديون لرب الدين احلتك بالالف التي لي على هذا الرجل ولم يقل ليؤديها من المال الذي لي عليه او العين الذي عنده من غصب او وديعة لانه لا تعلق لحقه اي لحق المحتال به اي بذلك الدين الذي للمحيل على المحتال عليه او بذلك العين الذي عنده بل بذمته اي بذمة المحتال عليه وفي الذمة سعة فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه اي من الدين او عنده من العين من الغصب والوديعة ١٢ ك

[illegible] قوله ويكره السفاتج السفتجة تعريب سفته وسفته شيء محكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وفي المغرب السفتجة بضم السين وفتح التاء واحدة السفاتج وصورتها ان يدفع الى تاجر مالا قرضا ليدفعه الى صديقه وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وقيل هي ان يقرض انسانا ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض ليستفيد به سقوط خطر الطريق فان لم تكن المنفعة مشروطة ولا كان فيها عرف ظاهر فلا بأس وهو في معنى الحوالة لانه احال الخطر المتوقع على المستقرض ولذلك اورده في آخر باب الحوالة ١٢

تتمہ حواشی متعلقہ صفحہ ۸۳

۱۲ قوله وهي قرض الخ في الفتاوى الصغرى وغيرها ان كان السفتج مشروطا في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد وان لم يكن مشروطا جاز وصورة الشرط في الواقعات رجل اقرض رجلا مالا على ان يكتب بها الى بلد كذا فانه لا يجوز وان اقرضه بغير شرط وكتب جاز وكذا لو قال اكتب لي سفتجة الى موضع كذا على ان اعطيك ههنا لا خير فيه وروي عن ابن عباس ذلك الا ترى انه لو قضاه احسن مما عليه لا يكره اذا لم يكن مشروطا قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف فان كان يعرف ان ذلك يفعل كذلك فلا ۱۲ ف ۱۳ قوله وقد نهى الرسول الخ قلت روى الحارث في مسنده عن علي رضي الله عنه يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل قرض جر منفعة فهو ربا انتهى وفي رواية سوار بن مصعب وهو متروك الحديث قاله عبد الحق وروى ابن ابي شيبة في مصنفه عن عطاء قال كانوا (اي الصحابة ۱۲) يكرهون كل قرض جر منفعة انتهى كذا قاله الزيلعي في تخريجه وابن الهمام في فتح القدير ۱۲ مل

حواشی متعلقہ صفحہ ۸۵

۱۵ قوله وهو الخرائط التي فيها نسخ السجلات والصكوك ونصب الاوصياء والقيم في اموال الوقف وتقدير النفقات وهذا لان القاضي يكتب نسختين احدهما تكون بيد الخصم والاخرى تكون في ديوان القاضي لانه ربما يحتاج اليه لمعنى من المعاني وما بيد الخصم لا يؤمن عليه الزيادة والنقصان ۱۲ ک ۱۶ قوله فلما سرى يجبر المعزول على دفعه لان ذلك انما كان في يده لعمله وقد صار العمل لغيره فلا يترك في يده ۱۲ عيني ۱۷ قوله في الصحيح احتراز عما قاله بعض المشائخ ان البياض اذا كان من مال الخصوم او مال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه لانه ملكه او وهب له ۱۲ ع ۱۸ قوله لانه اي القاضي المعزول وضع عنده بطريق الديانة والامانة ما وضع عنده من حيث انه متول به ۱۲ عيني ۱۹ قوله ويجعلان كل نوع الخ فما كان فيها من نسخ السجلات يجعلانه في خريطة وما كان من نصب الاوصياء في اموال اليتامى يجعلونه في خريطة لان هذه النسخ كانت تحت تصرف القاضي المعزول فلا يشتبه عليه شيء من ذلك متى احتاج الى شيء منها فاما القاضي المقلد فيشتبه عليه لو لم يجمع كل نوع في خريطة ولو احتاج الى نوع منها يحتاج الى تفتيش جميعها ايضا لان القاضي المعزول وان لم يكن تواجهه للمخافة بواحد من الرعايا لينكشف لهما ما اشكل عليهما ۱۲ ک ۲۰ قوله وينظر في حال المحبوسين بان يبعث الى الحبس من يحصيهم ويأتيه باسمائهم ويسأل المحبوس عن سبب حبسهم لانه نصب ناظرا لامور المسلمين وقول المعزول ليس بحجة فلابد من التفحص عن حالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم فمن اقر الخ ۱۲ ع ۲۱ قوله الا ببينة فان قامت البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود ردهم الى الحبس لقيام الحجة وان لم يعرفهم يسأل عن الشهود فان عدلوا فكذلك وان لم تقم الخ ۱۲ ع ۲۲ قوله فان لم تقم اي البينة او لم يحضر خصم وادعى المحبوس انه لا خصم له وهو محبوس بغير حق لم يعجل الخ ۱۲ ع ۲۳ قوله حتى ينادي عليه اي يأمر مناديا ينادي عليه كل يوم اذا جلس من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس الفلاني بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فان حضر والا ... القاضي ان يطلقه ينادي عليه كذلك اياما فان حضر خصم واحد منهم جمع بينه وبينه وان لم يحضر اني عليه اياما على حسب ما يرى القاضي فان لم يحضر خصم اخذ منه كفيلا بالنفس واطلقه ولو قال لا كفيل لي او لا اعطي كفيلا فاحتاط بوجه آخر بان ينادي عليه شهرا آخر ثم خلاه والفرق لابي حنيفة رح في اخذ الكفيل ههنا وبين مسئلة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هناك كفيلا على ما يجيء ان في مسئلة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين وفي ثبوته لغيره شك فلا يجوز تأخير المستحق لامر موهوم واما ههنا فالحق للغائب ثابت بيقين نظرا الى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا يكون الكفالة لامر موهوم ۱۲ مل ۲۴ قوله كيلا يؤدي الخ لجواز ان يكون له خصم غائب يجي عليه اذا حضر ۱۲ ع ۲۵ قوله وينظر في الودائع وارتفاع الاوقاف الكائنة تحت ايدي امناء القاضي والذي في ديارنا من هذا اموال الاوقاف تحت ايدي جماعة يوليهم القاضي النظر والمباشرة فيها وودائع اليتامى تحت يد الذي يسمى امين الحكم فيعمل فيها على حسب ما تقوم البينة انه لفلان او غير ذلك ويعترف الخ ۱۲ فتح القدير

حواشی متعلقہ صفحہ ۸۸

۹ قوله فاشبه الشهادة الخ فكما جوز الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق العباد فكذا جوز الكتاب لذلك والمراد بالمشابهة القياس لما تقدم انه مخالف للقياس فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان ۱۲ ع ۱۰ قوله تندرج تحت الدين والنكاح بان ادعى رجل نكاحا على امرأة او بالعكس كذلك الطلاق اذا ادعت امرأة على زوجها فان قيل الاشارة في باب النكاح شرط وكتاب القاضي الى القاضي فيما يحتاج الى الاشارة لا يجوز قيل الاشارة الى الخصم شرط وهو الرجل او المرأة وهو ليس بمدعى به انما المدعى به شيء آخر وهو نفس النكاح لا نفس المرأة ولا نفس الرجل فصار النكاح نظير الدين في الذمة والاشارة الى الغريم شرط ومع هذا جاز كتاب القاضي فيه كذا ههنا والنسب بان ادعى نسبا مثلا من الميت والغصب بان ادعى غصبا على رجل والامانة المجحودة من المودع والمضاربة المجحودة من المضارب وانما قيد الامانة والمضاربة بالمجحودة ليكونا بمنزلة الدين اذ لو لم تكن مجحودة لكان من جملة الاعيان المنقولة ولا يقبل كتاب القاضي فيها ۱۲

ملخص الحواشی

حواشی متعلقہ صفحہ ٨٩ **ثلہ قولہ** لانہ المتحقق الخ بدا لظاہر فیما اذا وصل الی الموت فی الخروج عن الہیۃ علیہ الظاہر لان لا یثبت الجنون المحقق بعد مدۃ علیا ویمکن ان یقال یعلم ذلک بالا ولی وذلک لانہ اذا کان حیا وعلی الہیۃ القضائیۃ من کلام مغان لا یبقی بعد الموت والخروج عن الہیۃ اولی **ع ولہ قولہ** ویقبل اخبارہ الخ ای اخبار القاضی قاضیا آخر فی غیر عمل المخبر لا یقبل وقاضیان ان التقیا فی المصر بین عملیہما فقال لصاحبہ الا مر ثبت عندی بفلان کذا فاعمل بہ لم یقبل منہ لم ینفذ لان السماع وجد من غیر القاضی حیث لم یکن فی مکان الابتدا **عینی**

حواشی متعلقہ صفحہ ٩٠ **علہ قولہ** وجہ نفاذ الخ ووجہ عدم النفاذ انہ زعم فساد قضائہ وہو ینفذ بقضائہ نجد **ع ثلہ قولہ** ثم المجتہد فیہ الخ لما ذکران الحکم انما ینفذ فی محل مجتہد فیہ ... اراد ان یبین المجتہد فیہ فقال ثم المجتہد فیہ الا یکون مخالفا لما ذکرناہ من الکتاب والسنۃ المشہورۃ والاجماع فاما اذا کان بخلاف ذلک ورفع الی آخر لم ینفذہ ولو نفذہ ثم رفع الی قاض ثالث نقضہ لانہ باطل بخلاف المجتہد فیہ فانہ اذا رفع الی قاض آخر نفذہ کما مر فان نقضہ فرفع الی ثالث فانہ ینفذ القضاء الاول ویبطل الثانی ... الاجتہاد وہو موافق بالاجماع ... مخالف للاجماع فلا ینفذ ... مخالفۃ الکتاب ... نص الکتاب ... السلف ... علی عدم جواز تزویج امرأۃ الاب وجاریتہ ... حاکم بجواز ذلک نقضہ من رفع الیہ **ع ثلہ قولہ** والعبرۃ الخ فعلی ہذا اذا حکم الحاکم علی خلاف ما علیہ الاکثر کان حکمہ علی خلاف الاجماع نقضہ من رفع الیہ ... کلام المصنف ... اذا کان الواحد المخالف ممالم یسوغ اجتہادہ ... کقول ابن عباس فی جواز ربوا الفضل فانہ لم یسوغ لہ ذلک ... فاما اذا سوغ لہ ذلک لم ینعقد الاجماع بدونہ کقول ابن عباس فی اشتراط حجب الام من الثلث الی السدس بالجمیع من الاخوۃ فان حکم بہ حاکم لم یکن مخالفا للاجماع **ع ولہ قولہ** والعبرۃ للاختلاف الخ معناہ ان الاختلاف الذی یجعل المحل مجتہدا فیہ ہو الاختلاف الذی کان بین الصحابۃ والتابعین ... وہذا اذا حکم الشافعی والمالکی ... **ع علہ قولہ** ہو فی الباطن کذلک ... طلقہا ثلثا واقامت بینۃ کاذبۃ ... بعد انقضاء العدۃ فعلی قول ابی حنیفۃ ... ولا یحل للثانی وطیہا اذا کان عالما بحقیقۃ الحال **عینی**

حواشی متعلقہ صفحہ ٩١ **علہ قولہ** وہذا فی غیر صورۃ الخ ... فاقام المدعی البینۃ انی اشتریت ہذہ الدار من فلان بالف درہم ... **ع علہ قولہ** ... فخر الاسلام ... [illegible]

[illegible] **ک علہ قولہ** [illegible] **ع علہ قولہ** [illegible]

ع ثلہ قولہ [illegible] **ک فلہ قولہ** [illegible]

ع علہ قولہ [illegible] **علہ قولہ** [illegible] **علہ قولہ** [illegible] **ع علہ قولہ** [illegible] **ع علہ قولہ** [illegible] **ع ٢٥ قولہ** [illegible] **عنایہ** **علہ قولہ** [illegible] **عنایہ**

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۰ ۱۱ه **قوله** الا الخطابية في شرح الاقطع هم قوم ينسبون الى ابن الخطاب رجل كان بالكوفة زعم ان عليا الاله الاكبر وجعفر الصادق الاله الاصغر ويعتقدون ان من ادعى منهم شيئا على غيره يجب ان يشهد له بقية الشيعة وقيل يعتقدون ان الشهادة لمن حلف عندهم انه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فتمكن شبهة الكذب في شهادتهم ١٢ مل ۱۲ه **قوله** من حيث الاعتقاد والفاسق انما لا تقبل شهادته لتهمة الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على ذلك ما لم يقع فيه الخ ١٢ ك ۱۳ه **قوله** الا انه بيناه اي تحقق في الدين الا الآخر ان منهم من يعظم الذنب حتى يجعله كفرا فيكون ممتنعا عن الكذب ١٢ ك ۱۴ه يحل مثلث ويصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي الثلث وان اشتد وقذف لم يسكر لانه لهو سابق ١٢ مجمع الانهر ۱۵ه اراد من المخنث الذي يتشبه بالنساء باختياره في الاقوال والافعال وفي البحر المخنث بكسر النون وفتحها فان كان ذلك فهو بمعنى المنكر فمن اعضائه المتلينين في كلامه بما بالنساء وان كان الثاني فهو الذي يحل به لواطة ١٢ مجمع الانهر ۱۶ه والمراد بالطنبور كل ما يكون شنيعا بين الناس احتراز عما لم يكن شنيعا كضرب القضيب فانه لا يمنع قبول الشهادة الا ان يتفاحش بان يرقصوا به فيدخل في حد الكبائر ١٢ مجمع الانهر

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۱ ۱ه **قوله** ويعتبر اتفاق الشاهدين لان القضاء انما يجوز بحجة وهي شهادة المثنى فما لم يتفقا فما شهدا لا يثبت الحق اما الموافقة من حيث المعنى فلا بد منها بلا خلاف واما الاختلاف في اللفظ من حيث الترادف فلا يمنع بلا خلاف وهذا الوهبة بالهبة والآخر بالعطية فهو مقبولة واما الاختلاف في اللفظ بحيث يدل لفظ شاهد واحد على مدلول لفظ الآخر بالتضمن فعند ابي حنيفة لا يجوز وعندهما لا بد من ان يطابق لفظهما على افادة المعنى المراد بطريق الوضع لا بطريق التضمن ملا فالبها ١٢ مل ۲ه **قوله** المطلقة الخ اي شهد احدهما بانه طلق امرأته واحدة والآخر شهد بانه طلقها ثنتين او ثلث تطليقات ١٢ مل ۳ه **قوله** كالالف الخ اي ادعى الفا وخمسمائة وشهد احدهما بالالف والآخر بالف وخمسمائة تقبل الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين على الالف لفظا ومعنى ١٢ عيني ۴ه **قوله** الجملتان اي كلمتان لنسبة جملة لان مدلول كل واحدة منها مغاير لمدلول الآخر فان قيل انهما موجودين في ضمنه قلنا نعم اذا ثبت الالفان ثبت الالف في ضمنه فاذا لم يثبت المتضمن كيف يثبت ما في ضمنه ١٢ ك ۵ه **قوله** كما اذا اختلف الخ بان شهد احدهما بكر شعير والآخر بكر حنطة ١٢ عيني

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۲ ۱ه **قوله** فاما النكاح الخ يعني اذا اختلف الشهود في النكاح فقال احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة ١٢ عيني ۲ه **قوله** ان المال في النكاح تبع والبيع ينعقد النكاح بلا تسمية المهر والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في الاصل فكان تبعا ١٢ ع ۳ه **قوله** والاصل فيه الخ هذا دليل آخر ونظيره ان الاصل في النكاح الحل والازدواج والملك لا يشترط لذلك ولزوم المهر صون المحل عن الابتذال بالتسليط عليه مجانا كما عرف في موضعه والاختلاف الشاهدين فيه فيثبت الاصل بالاتفاق بما فيه بان فيه تكذيب احد الشاهدين والجواب ان المال اذا لم يكن مقصودا كالدين فالاختلاف فيه بطريق العطف لا يمنع القبول بالاتفاق والتشكيك فيه مسموع ١٢ ع ۴ه **قوله** في الصحيح احتراز عما قال بعضهم انما كان كالدين حيث ان يكون المدعي اكثر المالين كما في الدين واليه ذهب شمس الائمة ورده صاحب الكتاب المنظور اليه العقد وهو لا يختلف باختلاف البدل لكونه غير مقصود فيثبت في ضمن العقد فلا يعتبر فيه ما هو شرط في المقصود يعني الدين ١٢ ع ۵ه **قوله** في الفصلين يعني اذا كانت المرأة تدعي وما اذا كان الزوج يدعي ١٢ ع ۶ه **قوله** وهذا اصح لان الكلام فيما اذا كان الزوج يدعي العقد او المال والمرأة تدعي ذلك وانما الكلام في ان الاختلاف في الشهادة على عقد المهر هل يوجب اختلافا في نفس العقد ام لا قال ابو حنيفة لا يوجب ذلك وقالا يوجبه وقد ذكر المصنف دليلهما والبه اشار بقوله والوجه ما ذكرنا ١٢ ع ۷ه **قوله** والوجه ما ذكرناه وهو ما ذكر من الدليل في الطرفين من قولهما ان هذا اختلاف في العقد الى آخره وابي حنيفة ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل وهذا الدليل لا يفرق بين ان يكون المدعي الزوج او المرأة ١٢ ك ۸ه **قوله** فصل لما فرغ عن بيان احكام شهادة تتعلق بالاحياء شرع في هذا الفصل في بيان احكام شهادة تتعلق بالاموات اذ الموت بعد الحيوة وجودا فكذا حكما ١٢ نهاية ۹ه الا في هو جميع الملك بعوان يعقد عالم وحوله لا مذرته المجاورة وهو ليس شيئا الحالم باسم الله سبحانه عليهم العلم ومكتبة السلامة فيصير كما باسمه من الملك الاعالي وكذلك كما السلطات من الصغار والمجدين ذاهل العربية وغيرها في علومهم فاجدرت لذا بالعلم والعلماء والمكتب للامام ابي يوسف يعقوب بن ابراهيم الانصاري الحنفي المتوفى سنة ثلاث وثمانين ومائة وهي في الفقه تعالى اكثر من ثلثمائة مجلد ١٢ كشف الظنون

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۴ ۱ه **قوله** وكذا عندهما الخ اي عندهما فلان الحكم وان كان يضاف الى الفرع حتى يجب الضمان عليهم دون الاصول عند الرجوع لكن تحملهم بالصيغ ودعا بنوا ما هو حجة والشهادة في غير مجلس القضاء ليست بحجة فيجب النقل الى مجلس القضاء لتصير حجة ونظيره ان التحمل حصل بما هو حجة فلما لم يكن من النقل لم يكن من التحمل ١٢ ك ۲ه **قوله** لانه لا بد الخ قائل ان يقول كلام المصنف رح مضطرب لان المطلوب في كلامه التحميل واستدل عليه بقوله لانه لا بد من النقل لتصير حجة وعطف عليه النصب وذلك يقتضي ان يكون التحميل انما يحصل بعد النقل والنقل لا يكون الا بالتحميل ١٢ ع ۳ه **قوله** هذه من الاحكام كقصر الصلوة والفطر وامتداد المسح الى ثلثة ايام وعدم وجوب التشريق على قول ابي حنيفة رح وعدم وجوب الاضحية والجمعة والحرمة خروج المرأة بلا محرم او زوج ١٢ ع

سیدعلی [illegible]

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۲۱ **ع قولہ** الامانۃ لا یصح منہما الخ جواب اشکال ہو انہ یقال ینبغی ان لا یصح منہما شراء العبد نفسہ لانہ من الغرور فینبغی ان یصح منہما شراء العبد فاجاب بقولہ الامانۃ
عینی **ع قولہ** یلتزم الموکل الانہ لما تعذر التزام العہدۃ بہما تعلق باقرب الناس الیہا وہو من انتفع بہذا التصرف وہو الموکل ۱۲ **عینی** **ع قولہ** والمجنون یعقل الخ ای یزید
الذی یعقل البیع والشراء حتی یصح الاجازۃ ویکون بمنزلۃ الصبی المحجور قیل علی حاشیۃ نسخۃ المصنف بخطہ وعلم قولہ المجنون فی الکافی بعلامۃ النسفی رح وعن ابی یوسف رح ان المشتری اذا علم ۱۲
بحال البائع ثم علم انہ صبی محجور او عبد محجور جاز الفسخ فالظاہر ان قولہ المجنون تصحیف ۱۲ **کفایہ**

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۲۵ **ع قولہ** **ع قولہ** فلیس لہ الخ سواء نوی عند العقد شراء لنفسہ او صرح بالشراء لنفسہ بان قال اشہدوا انی اشتریت لنفسی وہذا اذا کان الموکل
غائبا اما اذا کان حاضرا وصرح الوکیل بالشراء لنفسہ یصیر مشتریا لنفسہ کذا فی التتمۃ ۱۲ **ک** **ع قولہ** ولا یملک الخ لانہ فسخ عقد فالبیع بدون علم صاحبہ کسائر العقود ۱۲ **ع** **ع قولہ**
فالعقد للآمر وہو الموکل الانہ اشتری بخلاف جنس ما سمی فظاہر وامالو اشتری بغیر النقود فلان التعارف نقد البلد والامر ینصرف الیہ الا اذا کان کیلا بشرط لہ فلانہ مامور بان یشتری بہ وقد تحقق ذلک
مال غیرہ ۱۲ **نتائج** **ع قولہ** لم یکن مخالفا الخ انما خالف الوکیل بالطلاق اذا طلق اثنتین بخلاف ما اذا قال لا یقع ان فعل الاول حصل بمنزلۃ الشرط لوقوع الطلاق فلا یقع [illegible] ولکنہ لیس
لانہ من قبیل الاثبات فلا یکون قابلا للتعلیق والمعنی فی المسئلۃ انہ امکن بسوال الخصۃ لعینیۃ الموکل نفسہ فی ضمن الحق لانہ لا فی ضمن الوکیل لنفسہ ۱۲ **ک**

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۲۶ **ع قولہ** متعلق بذلک ای متعلق القبول قولہ فی دعوی الخروج عن عہدۃ الامانۃ ومن ضرورۃ ذلک ثبوت موتہ قبل ان یشتری اکان للآمر وانما
ثبوتہ بطریق التبعیۃ لا یبطل وعندہ فلا یعتبر ہہنا الی کون الوکیل متہما ولا غیر متہم ۱۲ **ک** **ع قولہ** ثم اختلفا بان قال الآمر اشتریتہ لنفسک وقال المامور بل اشتریتہ لک ۱۲ **عینی**
ع قولہ والعبد میت وان کان العبد ہالکا والثمن منقود فالقول للمامور لانہ امین یرید الخروج عن عہدۃ الامانۃ وان کان غیر منقود فالقول للآمر لانہ اخبر عما لا یملک استینافہ ویرید
بذلک الرجوع علی الآمر وہو ینکر فالقول للمنکر ۱۲ **ع** **ع قولہ** لانہ اخبر عما یملک الخ فان قیل الولی اذا اقر بتزویج الصغیرۃ لا یقبل عند ابی حنیفۃ رح مع انہ یملک استیناف النکاح فی الحال
فلما قر لہ یملک استینافہ وقوع علی قولہ وقولہ والتتمۃ فیہ وقع علی قول ابی حنیفۃ رح فکان ہنا فی ہذہ المسئلۃ اتفاق بجواب مع اختلاف التخریج فلما لم یکن قولہ یملک استینافہ علی قول ابی حنیفۃ
رح ایراد الاشکال علی قولہ لو قیل لو کان فی تزویج الصغیرۃ لصارۃ عند حضور شاہدین یقبل قولہ عندہما ایضا فکان ذلک عبارۃ عن انشاء النکاح ابتداء فلا یرد الاشکال ۱۲ **کفایہ**

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۲۷ **ع قولہ** وہو عین البائع ای المامور فانہ بائع تقدیرا فی حق الموکل نہ انہما ان مبینہ معتبرۃ بالتحالف لان البائع دعواہ وصاحب التحالف
والیمین علی المدعی الاسفی صورۃ التحالف واما المشتری فہو علی المنکر الیمین علی کل حال فلما کان بین المامور والموکل التحالف کانت بینہما الیمین ثم ما وجب الیمین علی المامور وہو المدعی
فلا یجب علی المشتری المنکر وہو الآمر ایضا وہو معنی التحالف ۱۲ **ک** **ع قولہ** فیلزم المجانبۃ الخ قیل بینہا مطالبۃ وہی ان الوکیل اذا قبض الثمن فوقع الاختلاف یعتبر فیہ المخالفۃ
مالامانۃ وان لم یقبض یعتبر فیہ المخالفۃ والمبادلۃ فما التحاکم فی ذلک واجیب بان فی الاول سقطت الامانۃ المسافۃ لیستحق من اسباب الترجیح فاعتبرت فیہ بخلاف الثانی ۱۲ **نتائج**

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۲۹ **ع قولہ** واما لنفسہ فان قیل ینبغی ان یقع الشراء للموکل عند الاطلاق ان اللفظ الحقیقۃ فی الاصل فلما تردد بین الحقیقۃ وبین المجاز ینبغی
ان یحمل علی الحقیقۃ کما ہو الاصل قلنا عارضت جہا اصالۃ الحقیقۃ جہۃ اصالۃ اخری وہی ان الاصل فی تصرف الانسان ان یقع لنفسہ ولما وقع التعارض بین الاصلین جعلنا حالۃ الآخر
تصرف مستند بسبب ایاء المعارضۃ مساویۃ محضۃ ۱۲ **ک** **ع قولہ** فصل فی البیع لما فرغ من بیان احکام التوکیل بالشراء مع الواجب وہو الاثبات شرع فی بیان احکام التوکیل بالبیع وہو
الازالۃ فان الازالۃ بعد الاثبات وجودا فکذا وضعا ۱۲ **ن** **ع قولہ** والوکیل بالبیع الخ فی الذخیرۃ الوکیل بالبیع اذا باع ممن لا یقبل شہادتہ لہ ان کان باکثر من القیمۃ یجوز بلا خلاف وان کان
باقل من القیمۃ بغبن فاحش لا یجوز بالاجماع وان کان بغبن یسیر لا یجوز عند ابی حنیفۃ رح وعندہما یجوز وان کان بمثل القیمۃ فعن ابی حنیفۃ رح روایتان فی روایۃ الوکالۃ والبیوع لا یجوز وفی روایۃ
المضاربۃ یجوز ۱۲ **کفایہ**

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۳۲ **ع قولہ** یجوز ہذہ روایۃ کتاب البیوع عنہ واما فی روایۃ کتاب الوکالۃ فیجوز الا ان تقدیر بغبن فیبیع النقصان الغبن الزیادۃ ویجوز بالاول
علی ہذا الثمن لو کان ہو المباشر لعقدہ لا لغایۃ **ع قولہ** مسلمۃ فان قلت کیف یکون المسلم تحت الکافر قلت یجوز ان یطلق بنتہ ثم اسلمت وبقیت البنت ۱۲ **عینی** **ع**
قولہ ہذا التصرف الخ یرید بہ التعمیم ای لا یختص بالبیع والشراء بل ای تصرف کان من ہذہ او غیرہ قولہ سنۃ التصرف فی مالہا ای المشتری نفذ علیہ علیہ الانہ تصرف فی مالہا ولیس ولایتہ علی مالہا ومعناہ
بان اشتری لہا مالہا الا ان یکون المراد یشتری لہا مال لنفسہ ۱۲ **کفایہ**

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۳۵

۴۲۴ قولہ وعن محمد انہ یصح ای استثناء الاقرار یصح لانہ لما نص علی الانکار باستثناء الاقرار فصار زیادۃ دلالۃ علی ملکہ ایاہ وعند الاطلاق ای عند اطلاق التوکیل بالخصومۃ فی غیر استثناء الاقرار یحمل الخ ۱۲ عینی ۴۲۵ قولہ زیادۃ دلالۃ الخ لجواز ان یکون الخصم معاندا فاذا نص علی استثناء الاقرار دل علی انہ علم تعین ان خصمہ مبطل حلالا مر المسلم علی الصلاح فتعین الانکار ۱۲ ع ۴۲۶ قولہ یحمل علی الاولی ای علی ما ہو الاولی بالمسلم وہو مطلق الجواب فانہ حلال فی عموم الاحوال والخصومۃ منازعۃ وہی حرام والتوکیل بالحرام حرام محمل لما ہو علی الجواز نظرا الی حالہ ۱۲ ک ۴۲۷ قولہ وعنہ ای عن محمد انہ لا یصح استثناء الاقرار من الطالب لکونہ مجبورا علیہ انما یکون مجبور الذی من المدعی وفی جحد استثناء الاقرار بالضرر ۔ وصح استثناء الاقرار من توکیل الطالب مخیر فی اصل الخصومۃ فلہ ترکہا عدم وجہہا ۱۲ ک ۴۲۸ قولہ بغیر الطالب فیہ لم یذکر المصنف الجواب عن سوق التصلح الا بان منقول التوکیل بالخصومۃ ینصرف الی مطلق جواب لما ذکرنا من مطلق الجواب الا ادعم الصلح عقد آخر یحتاج الی عبارۃ اخری بخلاف جامع الجواب وکذلک لا یراد لفظ فیما ولہ اللفظ الموضوع لمطلق الجواب حقیقۃ ولا مجازا ۱۲ ع ۴۲۹ قولہ بعد ذلک شروع فی بیان ماخذ الاختلاف الواقع بین الائمۃ ای بعد ما ثبت ان التوکیل بالخصومۃ ینصرف الی مطلق الجواب ۱۲ نتائج ۴۳۰ قولہ الا انہ یخرج فی مقابلۃ الخصومۃ ای فی جواب الخصومۃ واطلاق اسم احد المتقابلین علی الآخر جائز مجازا قال اللہ تعالٰی فاعتدوا علیہ بمثل ما اعتدی علیکم وجزاء سیئۃ سیئۃ مثلہا ۱۲ ع ۴۳۱ قولہ او لانہ ای ولان الخصومۃ فی مجلس القضاء سبب للجواب ظاہرا الجواب تارۃ ولا تارۃ نعم فی سببیۃ طریق المجاز ولہذا اختص بمجلس القضاء ۱۲ ک ۴۳۲ قولہ فیختص ای یختص جواب الخصومۃ بمجلس القضاء فاقرار الذی فی غیر مجلس القضاء لیس بخصومۃ حقیقۃ وہو ظاہر ولا مجازا اذ الاقرار خصومۃ مجازا من حیث انہ جواب الخصم فی غیر مجلس القضاء فالاقرار لیس بخصومۃ مجازا ای غیر عینی ۴۳۳ قولہ لکن اذا اقیمت البینۃ الخ استدراک من قولہ فیختص وفیہ اشارۃ الی دفع ما یقال اذا لم یکن الاقرار فی غیر مجلس القضاء جوابا کان الواجب ان لا یعتبر ولا یخرج عن الوکالۃ ۱۲ [illegible] نتائج الافکار

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۳۶

۴۳۴ قولہ فی الوجوہ کلہا ای الوجوہ الاربعۃ وہی دفعہ مع التصدیق من غیر تضمین ودفعہ بالتصدیق مع التضمین ودفعہ ساکتا من غیر تکذیب ولا تصدیق ودفعہ مع التکذیب ۱۲ ک ۴۳۵ قولہ فصدقہ المودع الخ ثم ان الوجوہ الاربعۃ المذکورۃ فی الوکیل بقبض الدین جاریۃ فی الوکیل بقبض الودیعۃ ایضا فانہ قال فی المبسوط ما ذا قبض رجل ودیعۃ رجل فقال رب الودیعۃ ما وکلتک وحلف علی ذلک وضمن المستودع رجع المستودع بالمال علی القابض ان کان عندہ بعینہ لانہ ملکہ باداء الضمان وان قال ہلک منی او دفعتہ الی الموکل فہو علی التفصیل الذی قلنا ان صدقہ المستودع فی الوکالۃ لم یرجع علیہ بشیء وان کذبہ او لم یصدقہ ولم یکذبہ او صدقہ وضمنہ کان لہ ان یضمنہ ۱۲ نتائج ۴۳۶ قولہ لم یؤمر الخ ولو لم یدفع ہذا ثم اراد الاسترداد ہل لہ ذلک ذکر شیخ الاسلام علاء الدین رح فی شرح الجامع انہ لا یملک الاسترداد لانہ ساع فی نقض ما اوجبہ وقال ایضا واذا لم یؤمر المودع بالتسلیم ولم یسلم حتی ہلکت فی یدہ ہل یضمن قیل لا یضمن وکان ینبغی ان یضمن لان المنع من وکیل المودع فی زعمہ بمنزلۃ المنع من المودع والمنع من المودع یوجب الضمان فکذا من وکیلہ ۱۲ ک ۴۳۷ قولہ بخلاف الدین لان التقبیض المدیون خالص مالہ لان الدیون تقضی بامثالہا فکان ادا المدیون مثل مال رب الدین لا عینہ فکان تصدیقہ اقرارا علی نفسہ باداء المال ومن اقر علی نفسہ بالمال یجبر علی الاداء ۱۲ کفایہ

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۳۷

۴۳۸ قولہ طلب من جہۃ الطالب قید بالطلب لانہ لو لم یکن الطلب بحکم الموکل بعزلہ سواء کان الخصم حاضرا او غائبا وکون الطلب من جہۃ الطالب لانہ لو کان من جہۃ المطلوب ای المدعی علیہ ووکل الطالب فلہ عزلہ عند غیبۃ المطلوب لان الطالب بالعزل یبطل حق نفسہ اذ خصومۃ الوکیل حق الطالب لقیامہ مقام الطالب وخصومۃ الطالب بنفسہ حقہ فکذا خصومۃ من قام مقامہ ۱۲ ک ۴۳۹ قولہ لما فیہ من ابطال حق الغیر وہو ان یحضرہ مجلس الحکم ویخاصمہ ویثبت حقہ علیہ فلو صح عزلہ عند غیبۃ الطالب یبطل ہذا الحق اصلا لانہ یمکنہ الخصومۃ مع الوکیل ویغیب المطلوب قبل ان یحضر الطالب فلا یمکنہ الخصومۃ معہ ایضا بخلاف ما اذا کان الطالب حاضرا فان حقہ لا یبطل اصلا لانہ ان لم یمکنہ الخصومۃ مع الوکیل یمکنہ الخصومۃ مع المطلوب یمکنہ ان یطلب منہ وکیلا آخر ۱۲ ک ۴۴۰ قولہ وصار کالوکالۃ الخ ای فی تعلق حق الغیر بوکالۃ الوکیل وبطلان حق ذلک الغیر عند صحۃ العزل الا ان الموکل فی الرہن لا یملک عزلہ اصلا اذا لم یرض المرتہن والمطلوب یملک عزلہ عند حضرۃ الطالب ان لم یرض بہ الطالب لانہ لا یبطل حقہ ح لانہ یمکنہ ان یخاصم المطلوب فی الرہن لو صح العزل حال حضرۃ المرتہن یبطل حقہ فی البیع اصلا لانہ لا یمکنہ ان یطالب الراہن بالبیع ۱۲ ک ۴۴۱ قولہ کالوکالۃ التی تضمنہا عقد الرہن بان وضع الرہن علی یدی عدل وشرط فی الرہن ان یکون العدل مسلطا علی البیع ثم اراد الراہن ان یعزل العدل عن البیع لا یصح ولا کان بحضرۃ المرتہن ما لم یرض بہ ۱۲ عینی

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۳۹

۴۴۲ قولہ کالغاصب ای الذی یدعی عینا فی ید رجل فانہ لا یستحق الا بحجۃ یعنی البینۃ او الاقرار ۱۲ عینی ۴۴۳ قولہ من یکون الخ لما غیر صحیح لان المدعی علیہ من یدفع استحقاق غیرہ ۱۲ ع ۴۴۴ قولہ کذی الید فانہ انما قال ہذا لان کان لم یثبت الغیر استحقاقہ ۱۲ ک ۴۴۵ قولہ الذی یتمسک الخ لم یضمن بالمودع اذا قال رددت الودیعۃ فانہ مدعی علیہ وہو یتمسک بالظاہر فرد الودیعۃ لیس بظاہر لان الفراغ لیس باصل بعد الاشتغال ویجوز ان یرد وبالعکس فانہ مدع وہو متمسک بالظاہر وہو عدم الضمان ۱۲ کفایہ

حواشے متعلقہ صفحہ ۱۴۱ **٤ قوله** كالنتاج بان ادعى كل واحد من الخارج وذى اليد ان هذه الدابة نتجت عنده واقاما البينة على ذلك فذو اليد اولى بها فانه يقضى لصاحب اليد ۱۲ ك **ط قوله** والنكاح بان تنازعا فى نكاح امرأة واقاما البينة وهى فى يد احدهما فصاحب اليد اولى ۱۲ ك **ف قوله** ودعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد فى يد رجل اقام الخارج البينة انه عبده اعتقه واقام ذو اليد البينة انه اعتقه وهو يملكه فبينة ذى اليد اولى من بينة الخارج ۱۲ ك **ع قوله** او الاستيلاد بان يكون امة فى يد رجل فاقام كل واحد من الخارج وذى اليد البينة انها امته استولدها فبينة ذى اليد اولى ۱۲ **نتائج** **ل قوله** او التدبير بان يكون عبد فى يد رجل فاقام كل واحد من الخارج وذى اليد البينة على انه عبده دبره فبينة ذى اليد اولى ۱۲ **نتائج** **م قوله** اكثر اثباتا لان الخارج ببينته يستحق على ذى اليد الملك الثابت له ظاهرا بيده وذو اليد لا يستحق على الخارج ببينته شيئا لانه لا ملك للخارج بوجه فلا يكون بينته مثبتة للملك انما هو مؤكد للملك الثابت باليد والتاكيد اثبات وصف للموجود والاثبات اصل الملك وبينة الخارج تثبت اصل الملك فصح قولنا انها اكثر اثباتا ۱۲ ك **ن قوله** لا تدل عليه فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة فكان كل واحد من البينتين للاثبات فترجح احدهما باليد ۱۲ **عيني** **س قوله** وكذا على الاعتاق اى كذا اليد لا تدل على الاعتاق وعلى التدبير والاستيلاد فتعارضت بينة الخارج وذى اليد ثم ترجحت بينة ذى اليد باليد ۱۲ **عيني** **ع** التحقيق على ما ذكر ان النتاج اسم يجمع وضع الغنم والبهائم كلها على المبيت ثم سمى المنتوج والنتاج للبهائم كالنتاج للناس ويقال قد نتج الناقة ينتجها نتجا اذا ولى نتاجها حتى وضعت ولا اصل له كتعدى الى مفعولين فاذا بنى للمفعول الاول قيل نتجت ولذا الواو وضعته ثم اذا بنى للمفعول الثانى قيل نتج الولد ومنه قول الفقهاء ولو اقام البينة فى دابة انها نتجت عنده اى ولدت ووضعت وقوله النتاج اولى من المعارف يعنى به من نتجت عنده او نتجها هو وبالعارف الخارج الذى يدعى ملكا مطلقا دون النتاج وانما سمى عارفا لانه قد كان قبله ملكا وجده عنده ۱۲

حواشے متعلقہ صفحہ ۱۴۲ **٤ قوله** فكان اقرارا او بدلا عنه هذا فى الحقيقة جواب عن شبهة ترد على كون النكول اقرارا عنده وهى ان لو كفل ما وجب على فلان فادعى المكفول له مالا على فلان فنكل فلان لا يقضى بالمال على الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضى به على الكفيل كما لو اقر واجيب بان ابا يوسف ومحمدا يقولان ان النكول بدل الاقرار فى قطع الخصومة لانه يكون اقرارا حقيقة ولهذا لا يثبت الحد بنفس النكول بخلاف الاقرار ۱۲ **عيني** **ك قوله** فى معناه لانه قائم مقامه والقذف فى حق الزوج قائم مقام الزنا فى حق المرأة ۱۲ **عيني** **ع قوله** انه بذل وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والاعراض عنها لا الهبة والتمليك ولهذا لو ادعى على الرجل انه اشترى نصف الدار شائعا فانكر المدعى عليه فيها النكول وهبة نصف الدار شائعا لا يصح ۱۲ **نتائج** **ق قوله** واقرار اه لانه اولى جواب لما يقال ان اليمين كما لا تتقضى مع البذل لا تتقضى مع الاقرار فلم جعله ابو حنيفة رح بذلا ولم يجعله اقرارا كما جعلاه فقال انزلناه باذلا اولى لان لو جعلناه على الاقرار لكذبناه فى الانكار ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة بلا تكذيب فكان هذا اولى صيانة للمسلم عن ان يظن به الكذب ۱۲

ك **ع قوله** لا يجرى فى هذه الاشياء فان المرأة لو قالت لا نكاح بينى وبينك ولكن بذلت لك نفسى لا يعمل بها وكذا لو قال لست بابن فلان ولا هو ولى اباحرا وصل ولكن ابو دينى بالدعوى فابحث له وكذا لو قال انا حر الاصل ولكن ابذل له نفسى ليسترقنى لا يعمل بذله اصلا بخلاف المال فانه لو قال هذا المال ليس لى ولكنى ابيحه وابذله له لا تكلم من خصومته صح بذله فالحاصل ان كل محل يقبل الاباحة بالاذن اجرى القضاء عليه بنكوله وما لا فلا ۱۲ ك **ش قوله** وفائدة الخ يعنى ان البذل لا يجرى فى هذه الاشياء فلا فائدة فى الاستحلاف فيها اذ القضاء بالنكول بذل والبذل فيها لا يجرى فلا استحلاف فيها لعدم الفائدة ۱۲ ع **ف قوله** الا ان هذا الخ جواب سوال تقريره لو كان النكول بذلا لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لان فيه معنى التبرع وهما لا يملكان التبرع ۱۲ ع **ق قوله** فيملكه الخ يعنى لما كان النكول بذلا عنده كان ينبغى ان لا يعتبر النكول من المكاتب والمأذون لانهما لا يملكان البذل وانما اعتبر النكول منهما لانه بذل لقطع الخصومة فلا يجرى ان يملكانه كالضيافة اليسيرة ۱۲ ك **ل قوله** وصحته الخ جواب ان يقال لو كان النكول بذلا لما جرى فى الدين لان محل البذل الاعيان لا الديون اذ البذل والاعطاء لا يجريان فى الاوصاف والدين وصف فى الذمة فاجاب بان البذل ههنا ترك المنع كان المدعى يأخذه منه بناء على زعمه انه يأخذ حق نفسه والمانع له من المال ترك المنع بين بخلاف النكاح ونحوه فان قيل هذا التعليل يخالف الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام اليمين على من انكر عام نخص منه الحدود واللعان فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس ۱۲ **كفايه**

حواشے متعلقہ صفحہ ۱۴۳ **ص قوله** استحسان والقياس ان لا يجوز وجه القياس ان مجرد الدعوى ليس بسبب للاستحقاق كيف وقد عارضه المدعى عليه بالانكار فلا يجب عليه اعطاء الكفيل ۱۲ **نتائج** **ق قوله** وليس فيه كثير ضرر الخ لانه لم يمكن من قصد الاختفاء ولا يتضرر وان كان من قصده الاختفاء فانما يتضرر بذلك ولكن اعتبارا ۱۲ ك **ر قوله** حتى يحضر اه اى بينة حاضرة على المدعى بلفظ المجهول فيقال احضره فلان الامير على من ظلمه اى استعان منه فاحضره الامير عليه فاحضره الامير عليه وقضاه ۱۲ **نتائج** **ش قوله** فى الظاهر الخ من حيث انه لو كان صبيا بالغا ما ان يكون ظاهرا لا يخفى نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل وان كان لا يعرف بالتجارة كمحبوسه الى عصر الا يخفى القدر بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل ۱۲ **كفايه**

حواشی متعلقہ صفحہ ١٥٧ ١ قوله والمرعزى اذا شددت الزاي قصرت واذا خففت مددت والميم والعين مكسورتان وقد يقال مرعزاء بفتح الميم مخففا وهي كالصوف تحت شعر المعز كذا في الكفاية وقال في منتهى الارب مرعز موی نرم زیر موی بز و پشم گوسفند ١٢ مل ٢ قوله وجز الصوف اي حلقها في جز الصوف فاقام كل واحد منهما البينة على انه صوفه جز من غنمه فانه يقضى به للذي في اليد لان الجز لا يكون الا مرة واحدة فكان في معنى النتاج فان قيل كيف يكون الجز في معنى النتاج وليس بسبب لاولية الملك فان الصوف على ظهر الشاة كان مملوكا له قبل الجز قلنا نعم ولكنه كان كوصف الشاة ولم يكن مالا مقصودا الا بعد الجز ولهذا لا يجوز بيعه وما شاركها فيما لا مقصودا ١٢ ك ٣ قوله بمنزلة الملك المطلق المعنى فيه ان الثوب الذي ينسج مرة بعد مرة يجوز ان يصير للذي في اليد بالنسج ثم يغصبه الخارج وينقضه وينسجه مرة اخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعدما كان ملكا للذي في اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه بخلاف الفصل الاول فان الثوب اذا لم ينسج الا مرة واذا صار للذي في اليد بنسجه لا يتصور ان يصير للخارج بنسجه فكان في معنى دعوى النتاج ١٢ ك ٤ قوله وهو مثل الخز اي مثل نسج الخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا كذا في المغرب قيل هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة اخرى وينسج ١٢ نتائج ٥ قوله والغبار الخ اي في الغبار بان اقام كل واحد منهما البينة انها داره بناها بماله يقضي بها للخارج لان البناء يكون مرة بعد مرة فلم يكن في معنى النتاج وفي الغرس يقضي به للخارج لان الشجر يغرس غير مرة فقد يغرسها انسان ثم يقلعها غيره ويغرسها فلم يكن في معنى النتاج وكذلك اذا كانت الدعوى في الحنطة بان اقام كل واحد منهما البينة انها حنطة زرعها في ارضه قضي بها للمدعي لان الزرع قد يكون غير مرة فان الحنطة قد تزرع في الارض ثم تغربل التراب فتميز الحنطة منها ثم تزرع ثانية فلم يكن هذا في معنى النتاج ١٢ كفاية ٦ قوله فان اشكل الخ اي اذا كان الثوب ونحوه لا يستبين انه ينسج مرة او مرتين سال القاضي اهل العلم عن ذلك يريد بالعدول منهم ويبني الحكم على قولهم والواحد منهم يكفي والاثنان احوط قال الله تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون ١٢ ك ٧ قوله بخبر النتاج وهو ما روي ان رجلا ادعى ناقة في يد رجل واقام البينة انها ناقته نتجها عنده واقام الذي في يده البينة انها ناقته نتجها عنده فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي هي في يديه ١٢ عيني ٨ قوله وان اقام الخارج الخ اي اقام الخارج البينة على انه اشترى هذه الدار مثلا من ذي اليد واقام ذو اليد على انه اشتراها من الخارج ١٢ نتائج

حواشی متعلقہ صفحہ ١٦٥ ١ قوله وهو حجة قاصرة الخ حتى لو اقر مجهول الاصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على اولاده وامهاتهم ومدبريه ومكاتبيه لانه قد ثبت حق الحرية لهم واستحقاق الحرية للولد فلا يصدق عليهم ١٢ ك ٢ قوله بخلاف المأذون له فانه اذا اقر بدين لرجل او وديعة او غصب او عارية فانه يصح لانه ملحق بالاحرار في حق الاقرار ١٢ ك ٣ قوله لانه مسلط عليه لان الاذن بالتجارة اذن بما لا بد منه وهو دين التجارة لان الناس لا يبايعونه اذا علموا ان اقراره لا يصح ١٢ عيني ٤ قوله الا اذا كان الصبي الخ كان اقراره جائزا بدين لرجل او غصب او وديعة او عارية او مضاربة لانه التحق بالاذن بالبالغ لدلالة الاذن على عقله ولا يصح اقراره بالمهر والجناية والكفالة لانها غير داخلة تحت الاذن اذ التجارة مبادلة المال بالمال والنكاح مبادلة المال بما ليس بمال والكفالة تبرع من وجه فلم تكن تجارة مطلقة ١٢ كفاية ٥ قوله بخلاف الجهالة الخ في الذخيرة جهالة المقر له انما تمنع صحة الاقرار اذا كانت متفاحشة بان قال هذا العبد لواحد من الناس اما اذا لم تكن فاحشة لا تمنع بان قال هذا العبد لاحد من هذين الرجلين ١٢ عيني ٥ اعلم انه قال في الدر المختار ان من اسماء المهر العقر وفي استيلاد الجوهرة العقر في الحرائر مهر المثل وفي الاماء عشر قيمة الامة ان كان بكرا ونصف عشر قيمتها ان كانت ثيبا والظاهر انه يشترط عدم نقصان العشر ونصفه عن عشرة دراهم فان نقص وجب تكميله الى العشرة لان المهر لا ينقص عن عشرة سواء كان مهر المثل او مسمى كذا في رد المحتار وقال في الفيض وقيل ينظر الى الجاري بنظر الامثل بكم تملك الجارية جمالا وهو اي وكم تتزوج فيعتبر بذلك وهو المختار وقال في الفتح العقر هو مهر مثلها في الجمال اي ما يرغب به في مثلها جمالا فقط واما قيل ما يستاجر به مثلها للزنا لو جاز فليس معناه بل العادة ان ما يعطى لذلك اقل مما يعطى مهرا ١٢ مولانا محمد عبد الحليم رحمه الله

حواشی متعلقہ صفحہ ١٧٥ ١ قوله وبوارث آخر قال في الجامع هو ان حق الباقين كما يبطل بتخصيص البعض بالاقرار بالدين فكذلك يبطل بتعميم الاقرار بوارث آخر وهو صحيح بالاتفاق فينبغي ان يصح هذا الاقرار ايضا اذ كل واحد من الاقرارين اضرار بالوارث المعروف ١٢ ك ٢ قوله وبوديعة مستهلكة الخ وجه ان معنى ذلك انه لما لم يفسر اقراره يصير مجهولا لا يجب الضمان فلا يفيد رد الاقرار ولان تصرف المريض انما رد للتهمة ولا تهمة في المعاينة ١٢ ك ٣ قوله ولانه تعلق به الخ فان قيل حق الورثة انما يظهر بعد الفراغ عن حاجته فاذا اقر بالدين لبعض الورثة ظهر حاجته لان العاقل لا يكذب على نفسه خصوصا في المرض بزيادة جهة الصدق لان الشرع نزله منزلة المقبل على الحق فينبغي ان يصح هذا الاقرار ايصال النفع الى الوارث من حيث الظاهر وفيه ابطال حق الباقين ووجوب الدين لم يعرف الا بقوله وهو متهم فيه لجواز انه اراد به الايثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب ان يتوقف صحته على رضا الباقين رضاء للوحشة والعداوة بخلاف الاجنبي لانه غير متهم فيه لانه يملك ايصال النفع بطريق الوصية وكل تصرف يمكن المريض في تحصيل المقصود به اختيارا لا يكون التهمة في اقراره الا ترى ان الوكيل يصح اقراره بالبيع قبل العزل لا بعده ١٢ ك ٤ قوله ولان حالة المرض الخ يعني ان حالة المرض حالة الاستغناء عن المال لظهور امارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيها يورث شبهة تهمة تخصيصه والقرابة تمنع عن ذلك لانها سبب تعلق حق الاقرباء بالمال وتعلق حقهم يمنع تخصيص بعضهم بشيء بلا مستحق ١٢ ع ٥ قوله [illegible] ١٢ عناية

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۰۱۸ ﴿١﴾ قوله منصوص عليها لقوله عليه الصلوة والسلام من اعتق شقصا له من عبد مشترك بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه ١٢ عيني ﴿٢﴾
قوله التبرع الخ المراد بالتبرع بالصلح ههنا هو الصلح عن آخر بغير امره والتوكيل به هو الصلح عنه بامره والتوكيل المذكور في العنوان مصدر مبني للمفعول فيرجع الى معنى التوكل وهو تصرف للغير وفائدة التعبير عن التوكل بالتوكيل هي الاشارة الى ان المراد التوكل الحاصل بالتوكيل وهو التوكل بامر الغير الذي هو الموكل لا المباشرة بنفسه بدون امر الغير وهو التبرع بالصلح فيندفع به
توهم الاستدراك ١٢ نتائج الافكار

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۰۱۴ ﴿٣﴾ قوله واذا كان الدين الخ وضع المسئلة في الدين لان حكم العين بين الشريكين كذلك اذ لو صالح احدهما عن نصيبه على شيء لم يشركه الآخر
فيه ١٢ ك ﴿٤﴾ قوله فصالح الخ قيد بالصلح من نصيب احدهما لانه لو اشترى احدهما بنصيبه سلعة لم يشرك الآخر فيها على ما يجيء ١٢ ن ﴿٥﴾ قوله على ثوب قيد المصالح عليه
ثوب ليستقيم ما ذكره من حكم الخيار للقابض وهو قوله الا ان يضمن له شريكه ربع الدين ١٢ ك

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۰۱۵ ﴿١﴾ قوله المعامة الخ فان قيل ان قسمة الدين قبل القبض لا يصح في المعاملة بينهما فليس قسمة الدين قبل القبض ولما فيه الدين قبل القبض بل قبضه ضمنا
جائز وههنا وقعت قسمة الدين في ضمن صحة الشراء كما وقعت في المسئلة الاولى في ضمن صحة المصالحة ١٢ ن ﴿٢﴾ قوله في جميع ما ذكرنا اي صورة الصلح على الثوب وصورة اخذ الدين من الدراهم
او الدنانير وصورة شراء السلعة ١٢ عيني ﴿٣﴾ قوله ما قبض وهو الثوب الذي هو بدل الصلح او الثوب المشترى او الدراهم والدنانير المأخوذة ١٢ مل ﴿٤﴾ قوله من جميع
من قبل الدين المشترك بان اقر احد الشريكين ان المديون عليه جميعا ١٢ عيني ﴿٥﴾ قوله لانه قابض نصيبه المقتضى الى آخر الدينين يصير قصاصا عن اولهما لان القصاص كان حق موجبا
ك ﴿٦﴾ قوله كانت قسمة الباقي على ما بقي الخ اي فاذا كان الدين بين الشريكين نصفين فابرء احدهما عن نصف نصيبه وهو الربع قسم الباقي اثلاثا اذ بقي له الربع وللآخر نصفه
شرح وقايه ﴿٧﴾ قوله ولا يصح عندهما هذا الخلاف في اشتراط التاخير واما اذا اقر احد الشريكين ان الدين مؤجل الى سنة وانكر الآخر صح اقرار المقر في نصيبه بالاجماع ١٢ ن

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۰۱۶ ﴿١﴾ قوله بخلاف شراء العين جواب لقول ابي يوسف وبيان ان شراء العبد انما جاز عندهما لان الاقالة في العين تصرف في الحكم في حالة البقاء
وذلك يستغني عن العقد وههنا التصرف في الطالة واقع في العقد وهو منعقد بهما فلا يجوز ان يتفرد احدهما الا بطال باعتبار تصرفه في حكمه حال ثبوتها وحالة الدين كحالة الوجود لانه
الى القبض والحكم يفتقر الى العلة ثبوتا وزوالا ١٢ ك ﴿٢﴾ قوله واجبا بالعقد انه لم يكن موجودا قبل العقد وجواز التصرف فيه باعتبار وجوبه بالعقد والعقد قائم بهما ١٢ عيني
﴿٣﴾ قوله ولانه لو جاز الخ اي لو جاز الصلح من احدهما لو دي الى ان يتقدح رب السلم على المسلم فيه ويتقرر في رأس المال ثم يعود في المسلم فيه ولا يجوز هذا لان الآخر اذا اختار
المشاركة في المقبوض مع المصالح كان له نصف من طعام المسلم مشتركا بينهما وقد بطل الصلح حق المصالح عن المسلم فيه وتقرر في رأس المال فلا يجوز ان يعود حقه بعد ذلك في المسلم فيه
لو عاد لعاد بعد بطلان الاقالة والا قالة في باب السلم لا تحتمل الابطال ١٢ ك ﴿٤﴾ قوله هذا اذا الخ اي هذا الخلاف فيما اذا خلطا رأس المال وعقدا عقد السلم فان لم يكونا قد خلطاه
الوجه الاول وهو ما ذكر انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة هو على الخلاف الا ان دلالة الوجه الاول لا تتفاوت بين الاختلاط وعدمه والوجه الثاني وهو ما ذكر انه لو
جاز لشاركه في المقبوض هو على الاتفاق اي جوابهما ههنا كجواب ابي يوسف رح لان ذلك انما يتحقق باعتبار مشاركة الساكت مع المصالح في المقبوض وليس له حق المشاركة ههنا اذ لم
يكن بينهما شركة فيما نقده من رأس المال فيصح ان الخلاف في الفصلين ثابت الا ان عدم جواز الصلح فيما اذا خلطا الثمنين وفيما اذا لم يخلطا لعلة واحدة ١٢ ك ﴿٥﴾ قوله هو على الاتفاق
اي يصح صلح احدهما على الاتفاق على رأس ماله لان رأس المال اذا لم يكن مخلوطا فنصيب صاحبه لم يكن للشريك ان يشاركه فيه لانه لا حق له فيه لانه مال الغير ١٢ عيني ﴿٦﴾ قوله نفس في التخارج
التخارج من الخروج وههنا اصطلح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم ووجه تاخيره ظاهر وتوجيه انه فيما يرضى احد بان يخرج من البين بغير استيفاء حقه وسببه طلب التخارج من الورثة
وذلك عند رضى غيره وله شروط تذكر في اثناء المسئلة ١٢ ع ﴿٧﴾ قوله لانه امكن الخ انما تعين البيع فيه للجواز دون الابراء لما ذكر من نصيبه لانا لو قلنا بالابراء لزم الابراء عن
الاعيان الغير المضمونة وهو لا يصح فتعين البيع ١٢ ك ﴿٨﴾ قوله بيانا فان قلت لو كان بيانا لشرط معرفة مقدار حصته من التركة لان جهالته تفسد البيع اجيب بان الجهالة لا تفضي
الى المنازعة فلا تفسد البيع دون غيرها ١٢ ع ﴿٩﴾ قوله لانه صالح تماضر الخ هذا يومى الى ان عبد الرحمن بن عوف لما مات كان له اربع نسوة واحدى نسائه تماضر صالحت عن حصتها اي ربع
ثمنها الموجود الاوراه على ثمانين الف دينار وهذا غريب وروى عبد الرزاق في مصنفه عن عمرو بن دينار ان احدى نسائه الثلث صالحت عن ثلث الثمن بثلثة وثمانين الف درهم
وروى الواقدي انه كانت له اربع نسوة فاحدى نسائه صالحت عن ربع الثمن بمائة الف وروى الامام محمد في الاصل ان احدى نسائه صالحت على ثلثة وثمانين الفا على ان خرجوها من الميراث
ولم يبين انها هي احداهن وما هي وقال شمس الائمة السرخسي انه كان له اربع نسوة فصالحوا احدى نسائه صالحت عن ربع الثمن على النصف من حصتها وكان ثلثة وثمانين الفا هذا ١٢ مولانا
محمد عبد الحليم سلمه ﴿١٠﴾ قوله منسوب الخ لا اصل له سيجي تماضر اصفهان بانه ابعدها عن الآخرين تعلقا بالمضمون عن غير المضمون المنسوب غير المنسوب عن المضمون ١٢ ك
﴿١١﴾ قوله اذ بين ما تعديه لمقبض وهو ان يرجع الى موضع في العين حتى وقت تمكن فيه من قبضه ١٢ ك

شہ تتمہ حواشی متعلقہ صفحہ ۱۸۷ **ا۲۴ قولہ** فلا بد ان یکون الخ قال الحاکم ابو الفضل یعنی بطل الصلح علی مثل نصیبہ او اقل من مال الربوا فی حال التصادق واما فی حال المناکرۃ فالصلح جائز ویصیر المال المشترک بتحقق الربوا ۱۲ ک **۲۲ قولہ** احترازا من الربوا انہ لا یمکن تجویز الصلح بطریق الابراء الخ ... بطریق المعاوضۃ ... ۱۲ ک **۲۵ قولہ** جاز مطلقا ای قل او کثر بعد التقابض فی المجلس ... ۱۲

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۸۸

اعلہ قولہ یوجب جہالۃ الخ ... عقد المضاربۃ ... الی رب المال ... ۱۲ ک **ثلہ قولہ** لیفسد ای لیفسد عقد المضاربۃ لان الربح ہو المعقود علیہ وجہالۃ المعقود علیہ توجب فساد العقد ۱۲ ن **ثلہ قولہ** وغیر ذلک ای غیر الشرط الفاسد الذی یوجب جہالۃ فی الربح ۱۲ ن **ثلہ قولہ** کاشتراط الوضیعۃ ای الخسران وقیل الوضیعۃ اسم لجزء ہالک من المال ۱۲ عینی

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۹۵

اعلہ قولہ والسماسرۃ الخ قال فی مجمع الانہر السماسرۃ جمع سمسار بالکسر المتوسط بین البائع والمشتری ... وکذا فی رد المحتار وقال فی المغرب السمسار بالکسر ہو الدلال المتوسط بین البائع والمشتری فارسیۃ معربۃ ... وفی الحدیث کنا ندعی السماسرۃ فسمانا النبی علیہ السلام التجار ... قال الازہری وقیل فی تفسیر قولہ علیہ السلام ... ۱۲ مولانا محمد عبد الحلیم دام ظلہ **ثلہ قولہ** کما یعرف ... فان لم یجاوز ... فالواجب ... من الابل ... ۱۲ مجمع الانہر

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۱۲

اعلہ قولہ والوصیۃ لیست الخ جواب عن قولہ والوصیۃ تقریرہ ان الشیوع انما یکون القبض من شرطہ ... ولیست کذلک ۱۲ عینی **ثلہ قولہ** غیر منصوص علیہ ای فی ہذا الباب ... ولان القبض شرط ... ۱۲ ک **ثلہ قولہ** ... ۱۲ ک **۹لہ قولہ** ... ۱۲ عینی **ثلہ قولہ** ... فان عندہ ہبۃ المشاع فیما یحتمل القسمۃ ... ۱۲ ک **ثلہ قولہ** ومن وہب الخ ... ۱۲ ع **ثلہ قولہ** فاسدۃ ای لا یثبت حکمہا وہو الملک ... ۱۲ ک **ثلہ قولہ** وعندہ ... ۱۲ ع **ثلہ قولہ** لان الموہوب معدوم لان الدقیق حادث بالطحن ... ۱۲ ک **ثلہ قولہ** لان الموہوب معدوم ... ۱۲ ع **ثلہ قولہ** لو استخرج الخ ... ۱۲ عینی **۲۶لہ قولہ** محل التملیک لکونہ موجودا وقت العقد ... والمانع فیہ ... فاذا زال المانع انقلب جائزا ۱۲ عینی

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۱۳

ثلہ قولہ ولا تجب زکوۃ ... ۱۲ عینی **ثلہ قولہ** بخلاف ما قبل الزفاف ... ۱۲ ک **ثلہ قولہ** ... ۱۲ عینی **ثلہ قولہ** ... خواہر زادہ ... ۱۲ فتح

تتمہ حواشی متعلقہ صفحہ ۲۱۳ ؎ قوله لا يجوز بيع الاب [illegible] لما ذكرنا ان الاية الرجوع [illegible] ۱۲ عيني ؎ قوله
فلا يشيع [illegible] المؤثر الشيوع عند القبض لا عند العقد حتى لو وهب الكل ثم سلم النصف لا يجوز ولو وهب النصف ثم النصف وسلم الكل جاز ۱۲ كفاية

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۱۴ ؎ قوله الواهب احق الخ لا يقال ان المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون حجة لانا نقول لا يصح ذلك لانه اطلق اسم الهبة على الكمال وذا لا يكون قبل القبض والتسليم ولانه عليه السلام جعل الواهب احق بها وهذا يقتضي ان يكون لغيره فيه حق وذلك انما يكون بعد القبض ولانه لو كان كذلك لما قال ما لم يثب منها عن العاقبة اذ هو احق وان شرط العوض قبله ۱۲ ك ؎ قوله فثبت ولاية الفسخ الخ فكان له الرجوع اذا لم يحصل مقصوده كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا يرجع بالثمن لفوات مقصوده وهو وصف السلامة في البيع ۱۲ تبيين

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۱۶ ؎ قوله اعتبر التقابض الخ ذكر الامام المحبوبي في الجامع الصغير هذا الذي ذكره فيما اذا ذكره كلمة على اما لو ذكره بحرف الباء بان قال وهبت منك هذا العبد بثوبك هذا او بالف درهم وقبله الآخر يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع ۱۲ ك ؎ قوله ابتداء الخ فان قيل لم لم يعكس الامر قلنا لان انعقاد العقد باللفظ والمقصود هو الحكم وانه بعد تمام العقد فعند الانعقاد اعتبرنا اللفظ لان العقد به ينعقد وعند التمام اعتبرنا المقصود كذا في المبسوط ۱۲ ك ؎ قوله للمعاني الا ترى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة ۱۲ ك ؎ قوله لان الهبة الخ حاصله انه لا منافاة بين البيع والهبة لوجود المناسبة كما بين واذا انتفى المنافاة امكن الجمع ۱۲ حل

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۱۷ ؎ قوله لانه يرتد بالرد تقييد بالاقالة ان محل الرد في المجلس وغيره سواء وهو المروي عن السلف قال بعضهم يجب ان يبيعه في مجلس الابراء ۱۲ ع ؎ قوله ينفسخ الخ ان التعليق بالشرط يمين فلا يجوز ان يحلف به ويحتمل التعليق بالشرط عادة الا براءة وان كان اسقاطا من وجه ولكن ليس من جنس ما يحلف بها فلا يصح تعليقه بالشرط ۱۲ عيني ؎ قوله باطلة [illegible] تكون عارية عنده فيجوز للمعير ان يرجع فيه ويبيعه في اي وقت شاء ولا يتضمن الاطلاق [illegible] ۱۲ ع ؎ قوله وقال ابو يوسف الخ حاصل الاختلاف يرجع الى تفسير الرقبى مع اتفاقهم على [illegible] فحمل ابو يوسف هذا اللفظ على انه تمليك للحال مع انتظار الواهب الرجوع فالتمليك جائز وانتظار الرجوع باطل كما في العمرى [illegible] في نفس التمليك ان معنى الرقبى [illegible] كأنه يقول لآخر [illegible] ان مت قبلك فهي لك وان مت قبلي فهي لي فكان هذا تعليق التمليك ابتداء بالخطر وهو موت المالك قبله فجعلاها باطلا ۱۲ نتائج الافكار

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۲۳ ؎ قوله لاجتماع الوقت الخ [illegible] ذكر العمل كان اجيرا مشتركا [illegible] ذكر اليوم كان اجير وحد [illegible] بذكر الوقت يجب [illegible] عند تسليم النفس في المدة [illegible] ۱۲ ع ؎ قوله المسمى الخ فان قلت فالدرهم [illegible] في اليوم الثاني لان اليوم [illegible] ذكر الدرهم [illegible] في العقد [illegible] ؎ قوله لمنع النقصان اقول فيه نظر اذ قد تقرر في اول باب الاجارة الفاسدة ان التسمية في الاجارة الفاسدة تمنع الزيادة عندنا ولا تمنع النقصان [illegible] اجر المثل [illegible] عن المسمى [illegible] التسمية [illegible] لمنع النقصان ۱۲ نتائج الافكار

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۲۴ ؎ قوله في التسليم وذلك [illegible] في تسليم [illegible] تمليكها [illegible] لان العقد [illegible] غير المعين فيكون [illegible] ابتداء التمليك والتملك ۱۲ كافي ؎ قوله [illegible] الملك فيها [illegible] العقد بل بالتسليم [illegible] فان الملك يثبت فيها بمجرد العقد [illegible] غير ممنوع [illegible] ۱۲ ع ؎ قوله فيجوز [illegible] لو كان ممنوعا [illegible] التسليم [illegible] ۱۲ ع ؎ قوله [illegible] ؎ قوله [illegible] الكتابة [illegible] ۱۲ كفاية ؎ قوله [illegible] ۱۲ كفاية

حواشي متعلقة صفحه ۲۴۴ **۱ قوله** سوى كذا احترز به عن ولد الاقتنة فان بيعها لا يجوز بيع ولدها لا يجوز ان اعتاق البيع في الآلة ضميرهم كذا في العناية ما لا بدمنه ۱۲ عيني **۲ قوله** كالتدبير كاستيلاد وفي كتاب البيوع الوصف الثابت المركب في المدبر دوام الولد الى اولادها ۱۲ عيني **۳ قوله** نص في كتابها بالاصل ان لا وصف المنافاة الشرعية في الامهات لتسري الى الاولاد ۱۲ عيني

حواشي متعلقة صفحه ۲ **۱ قوله** ربوا من جهة ان حقيقة الربوا يكون بين المالين الاصل ليس بمال ۱۲ عيني **۲ قوله** بخلاف العقد بين الحربين جواب عن قوله ولهذا لا يجوز مثله في الحر تقريره ان العقد بين الحربين بعقد الصلح بين الحربين على الوجه المذكور انما لا يجوز لانه عقد من كل وجه فكان ربوا ۱۲ عيني **۳ قوله** لم يجبر الورثة ان المريض لم يتبرع في حق الورثة الا في حق التاجيل فكان لهم ان يردوه اذ تاجيل المال خرج منهم وفيه ضرر عليهم فلا يصح بدون اجازتهم ۱۲ عيني

حواشي متعلقة صفحه ۲۵۸ **۱ قوله** في حديث بريرة قلت اخرجه البخاري ومسلم عن عائشة قالت كان في بريرة ثلث خصال عتقت فخيرت وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق ودخل عليها النبي صلى الله عليه وسلم وبرمة على النار فقرب اليه خبز وادم من ادم البيت فقال الم ار البرمة فقيل لحم تصدق به على بريرة وانت لا تاكل الصدقة قال هو لها صدقة ولنا هدية ۱۲ ت **۲ قوله** ولنا هدية والمشهور انها كانت معتقة لعائشة رضي الله عنها لما اهدت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال بعض الشارحين انها كانت مكاتبة اهدت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلعله كان لا جل ارضها فزين ليسهل التوفيق فان قيل كيف يصح المكاتبة الا برا قلت انه من باب الضيافة اليسيرة فيجل ۱۲ اعظمي **۳ قوله** فيبدل الخ لان المكاتب اذا عجز فالمولى يملك كسبه فكما عبد حتى لو آجر المكاتب ابنه فلو اثم عجز بجعل الاجارة عنده صريح لزوم الاجر الى الكبير ۱۲ ک **۴ قوله** فلو ولد او لا لانه ابيح الغنا ومع زيادة الشرف والكرامة لان بالصدقة يسقط الذنب من المتصدق فيصير المتصدق عليه كالآلة للمتصدق في حق سقوط الذنب عنه وليس للمسلم ان يذل نفسه الا عند الحاجة والضرورة فلهذا احل للفقير ولا يحل للهاشمي وان كان محتاجا اليه لان له زيادة حرمة وشرف ليست لغيره ۱۲ **كفاية**

حواشي متعلقة صفحه ۲۴۳ **۱ قوله** ميراثه للمولى اي الكبير الاعلى حال مات الاسفل ولا على ميت ميراثه لاقرب الناس عصبة الى الاعلى كما في ولاء العتاقة كذا في الغنية ۱۲ ک **۲ قوله** والذين عاقدت الخ اي فاتوهم نصيبهم من العقل لان ابراهيم بن على اليد ۱۲ عيني **۳ قوله** والآية في الموالاة اي المراد من الموالاة بدليل ما سبق ولكل جعلنا موالي مما ترك الوالدان والاقربون كان المراد من ذلك بيان النصيب بسبيل الاستحقاق ارثا لا على سبيل القرابة والبرابة وكذلك المراد بما عطف عليها لان حكم المعطوف حكم المعطوف عليه ليس المراد بقوله عقدت ايمانكم القسم بل المراد الصفقة فان العادة ان المتعاقدين ياخذ كل واحد منهما يمين صاحبه اذا عاقده يسمى الصفقة لهذا ذكر في المبسوط المكبر ان الله تعالى جعل ولاء الموالاة سببا للتوارث مطلقا من غير فصل بين ان يكون للميت وارث آخر او لم يكن الا انه نسخ في حق من كان له وارث آخر لقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض وفيما نسخ في حق من لا وارث له فيبقى داخلا تحت ظاهر الآية ۱۲ ک **۴ قوله** وسئل النبي قلت اخرجه ابو داود عن تميم الداري قال يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يد رجل من المسلمين قال هو اولى الناس بمحياه ومماته ۱۲ ت **۵ قوله** في مماته اي في حياته عقلا وفي مماته ارثا ۱۲ **كفاية**

حواشي متعلقة صفحه ۲۶۸ **۱ قوله** كذا اليمين الخ اي كذا الاكراه على يمين فحلف فحنث او على نذر فظاهر صح لعدم عمل الفسخ فيها لا يحتمل الفسخ ولا يعمل فيه الاكراه ۱۲ **۲ قوله** وكذا الرجعة اي ان اكره على الرجعة فصح لان الاكراه لا يعمل في **۳ قوله** لعدم احتمالها الفسخ فان ذكر اعتاق عبد عن كفارة اليمين او الظهار فعل انفا حنثها ۱۲ ع **۴ قوله** او على في اليمين بالايلاء فصح لانها في الرجعة [illegible] والتي تصح مع الهزل لا يصح مع الهزل لا يحتمل الفسخ فان ترك الفيء اليها اربعة اشهر حتى بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكره لانه تمكن من القربان في المدة فاذا لم يفعل كان راضيا بالتزام الصداق وان قربها وكفر لم يرجع على المكره بشيء لانه اتى بفعلها اكره عليه ۱۲ ع **۵ قوله** والخلع الخ اي لو اكره على ان يخلع امرأته فصح الخلع لانه من جانب الزوج طلاق وهو ظاهر ولا اكراه لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل فكذا ببدل او يمين لوجود الشرط والزوج يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان مكرها على الخلع دونها الزمها البدل لرضاها بالالتزام بلا اكراه الخ ۱۲ **عناية** **۶ قوله** كاف في المكره الزوج لانه اتلف عليه ليس بمال وهو النكاح فلا يضمن [illegible] عليه **قوله** ويجب عليه الحد لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار الة وذلك يكون باللذة وذلك دليل الطواعية بخلاف المرأة فانها محل الفعل مع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين دليل الطواعية ۱۲ **قوله** ۱۲ ع **ه** الايلاء حلف بمنع وطء زوجته مدة الايلاء وهي للحرة اربعة اشهر وللامة شهران والفيء هو الرجوع عن الايلاء والفيء هو الجماع اليمين [illegible] القول بان يقول فئت اليها الخ ۱۲ **ب** لا ينقص العشرة من جهة مدايم ولا تزاد على نصف مهر المثل وهي متعة اي قميص المرأة وخمارها اي تحت يده الراس اي تغطى وملحفة ما يلف به من قرنها الى قدمها ۱۲ مجمع الانهر

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۸۲ ۔ ۱ **قولہ** لان الحجر الخ ای لان الحجر عن التصرف المنع من منع المال من یدہ فی المقولات لان النفقة الیست علی المال نفقة زائدة واطلاق الراوی
باعتبار البیان لنفقة اصلیة فجواز الحاق عند لسید وبہ المنع عن المال تفویت لنفقة زائدة الیستدل بعلی جواز الحاق عند تعلیم بتفویت النفقة الاصلیة ۱۲ **کفایہ ۲ قولہ**
التعاطی الخ یعنی ان الصبی لما کان یعجز عن النظر لنفسہ ثبت الولایۃ الی حین ورۃ الغیر ولما لم یسیر الصبی مولیا علیہ للولی علیہ فی التصرف الا السفیہ قادر علی النظر لنفسہ الا انہ
لما انہ القصد من العقل الطبیعی وما کان بعد لاحسن العقل ۱۲ ک **۳ قولہ** وذلک یقعت علی السید الی ہلاک الا بالقبض فاذا لم یکن فی یدہ شئ یمتنع حرفی الکسان فیعتق
۱۲ ع **۴ قولہ** ان الحجر منہ الخ جواب عما یقال تصرف المحجور بالسفہ بحکم القاضی ینبغی ان لا ینفذ اصلا عند ابی حنیفۃ رح ولا یکون لقاض آخر ان یبطل الحجر لان القضاء الاول
اتی محل الاجتہاد فلا یقبل النقض بما عرف فاجاب بان القضاء منہ یکون فتوی ولیس بقضاء وہو علی قول محمد رح ظاہر لانہ کان محجورا قبل قضائہ حتی کان عندہ ما لہ وعند ابی یوسف
وان کان یحتاج فیہ الی الحکم حاکم لکن ہذا قضاء من وجہ لانہ یثبت فقضائہ لم یکن ثم تمامہ فتوی من وجہ لانہ لم یوجد شرائط القضاء وہو المقضی لہ والمقضی علیہ الدعوی والانکار حتی
لو وجد الدعوی والانکار بان تصرف المحجور فرفع الی القاضی وحضر المتصرف بینہ وبین ما وقع نقض القاضی علیہ بابطال التصرف ومضی زمانہ یصیر متفقا علیہ فلا ینفذ تصرفہ بعد ذلک ولو
القاضی لو قضی بجواز بیع لم الولد قبل وجود الخصومۃ فی ذلک فیصیر متفقا علیہ لانہ فتوی وبعد الخصومۃ صار متفقا علیہ ۱۲ ک **۵ قولہ** ولو کان قضاء الخ یعنی لیس مسلما
ان حجر القاضی قضاء بان یحمل السفیہ مقضیا لہ من حیث ان الحجر ما ثبت الا فنظرا لہ وتضاء الحجر یقع علیہ فیجعل مقضیا علیہ فاذا وجد المقضی لہ والمقضی علیہ عند اختلاف الجہۃ یکون قضاء ولکن
نفس القضاء مختلف فیہ وقضاء القاضی المختلف انما یرفع الخلاف اذا لم یکن نفس القضاء مختلفا فاما اذا کان نفس القضاء مختلفا فلا بد من قضاء آخر لنفاذ ہذا القضاء ۱۲ ک **۶ قولہ** فلا یقبل النقض
الخ لان فی نقضہ نقض لقضاء اُمضی وہذا ظاہر فی حین ما وقع القضاء لا ثانیا الا فی نوعہ فلا کما اذا قضی قاض بعدم النفقة فی المبتوتة ثم رفع ہذا القضاء الی قاض آخر نفذہ
ولا یجوز نقضہ لقاض اصلا اما اذا رفع نوعہ بان جاءت امراة اخری بدعیۃ للنفقة عند قاض یرایا فلہ ان یقضی برایہ ولا یلزم عدم صحۃ قضاء قاض فی مسئلۃ خلافیۃ بحمل فیہا
قاض برایہ قضاء یحکم ابتداء او بعدہ الا قضاء وہو باطل قطعا اذ الا حکم فیما بینا علی خلاف ما حکم الیہ اضیۃ فیما بینہم مع اتحاد نوع الحادثة ومن علی المذہب التنفیذ مطلقا وعدم خطیئۃ
مقامہ فی نظیر مثلہ سغنیا ۱۲ **ملا عبد السلام اعظمی رح**

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۸۳ ۔ ۱ **قولہ** من العبد فانہ یقبل الخ لکیف ینتفی الملک من العبد بجہۃ الخلافۃ العبد لیس باہل لملک المال وشرط الخلافۃ
تصور الاصل فلان العبد لیس باہل لملک ستقرا لکنہ اہل ملک ینتقل الی غیرہ اذا فرغ عن حاجتہ وہذا لان العبد من حیث انہ آدمی بمنزلۃ الحر ومن حیث انہ مال مملوک کالبہیمۃ
ولو کان حرا مطلقا لملک المال ملکا مستقرا ولو کان مملوکا مطلقا کالبہیمۃ لم یملک اصلا فعلمنا انہ یملک ملکا منتقلا عملا بالشبہین ۱۲ ک **۲ قولہ** یعنی ما قرنا
یعنی فی مسئلۃ تعلق الدین بکسبہ ۱۲ ع **۳ قولہ** لا تخلف الخ یعنی کما ان الدین المحیط بالترکۃ یمنع ملک الوارث فی الرقبۃ فکذلک الدین المحیط بالکسب والرقبۃ یمنع
ملک المولی لان الخلافۃ فی الموضعین بانعدام اہلیۃ الملک فی المال فالمیت لیس باہل للمالکیۃ کالرقیق لان المالکیۃ عبارۃ عن القدرۃ والموت والرق ینافیان
ذلک منافاۃ الموت اظہر فالمیت جعل کالمالک حکما فیما احتاج الی قضاء دیونہ فکذلک الرقیق ۱۲ **عنایہ**

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۸۴ ۔ ۱ **قولہ** دون الملبوس الخ فان الملبوس علیہ لیس تصرف فلہذا لا یرجع بہ علی المتعلق بعقد التنازع فلم یصر فی یدہ لا بعد
مثل المالک فینبغی بد المالک فیہا لبقی اثر فعلہ ۱۲ زیلعی **۲ قولہ** لحکم الماثم الخ اقول ہذا انما یتم فیما اذا ہلک المغصوب فی ید الغاصب اما اذا کان قائما فی یدہ فحکمہ لیس
کما سیأتی فی الکتاب ۱۲ نتائج **۳ قولہ** وان کان بدونہ بان ظن ان الماخوذ مالہ او اشتری عینا ثم ظہر استحقاقہ لان الضمان انما یجب جبر الحقہ بتفویتہ
وعدہ مرعی وان کان الآخذ معذورا والجہل عدم قصدہ ۱۲ ک **۴ قولہ** لان الخطاء موضوع لقولہ علیہ السلام رفع عن امتی الخطاء والنسیان المراد الماثم ۱۲ کفایہ
۵ قولہ لما فیہ من مراعاۃ الخ فان الحنطۃ مثل الحنطۃ صورۃ ومالیۃ لان مالیۃ الحنطۃ السوداء مثل مالیۃ الحنطۃ المغصوبۃ ان الجودۃ ساقط العبرۃ فی الربویات فکان
اوفی للنظر فان الغاصب فوت علی المغصوب منہ الصورۃ والمعنی فالجبر التام ان یتدارکہما بمثلہ صورۃ ومعنی ۱۲ **عنایہ**

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۸۹ ۔ ۱ **قولہ** ولہذا تعتبر قیمتہ الخ اقول فیہ شئ وہو ان الظاہر ان مسئلتنا ہذہ تعم المثلی عند المثلیات لعموم الحکم المذکور
فی جوابہا مع ان قولہ ولہذا تعتبر قیمتہ الخ لا یتمشی فی صورۃ المثلی علی قول ابی حنیفۃ ومحمد رح اذ قد تقرر فیما مر ان المعتبر فی تلک الصورۃ عند ابی حنیفۃ رح قیمتہ یوم الخصومۃ
وعند محمد رح قیمتہ یوم الانقطاع فلم یتم التقریب لکون المسئلۃ اتفاقیۃ ۱۲ نتائج الافکار **۲ قولہ** وان نقص الخ سواء کان ذلک النقصان
فی بدنہ بان کانت جاریۃ فاعورت او کانت شابۃ فصارت عندہ عجوزا او ناہدۃ الثدیین فانکسر ثدیہا او لم یکن فی
بدنہ لکن الوصف بعد ان حضر فانسی ذلک عند الغاصب او کان قارئا فنسی القرآن ۱۲ ک

تتمہ حواشی متعلقہ صفحہ ۲۸۹ قولہ ضمن النقصان ہذا اذا لم یجبر نقصانہ بما فیہ من الزیادۃ اما اذا انجبر نقصانہ مثل ان ولدت المغصوبۃ عند الغاصب فزیدتہا فی قیمۃ الولد وفاء بنقصان الولادۃ فلا یضمن الغاصب شیئا عندنا خلافا لزفر رح ۱۲ ع **قولہ** اذا رد الخ ہذا قیدیہ لان تراجع السعر اذا کان بسبب انتقال المکان الغصب فلا لک الخیار بین اخذ القیمۃ فی ہذا المکان وبین الانتظار الی الذہاب الی ذلک المکان فیسترد ۱۲ ک **قولہ** بخلاف البیع ای اذا تعیب عند البائع قبل التسلیم فانہ لا یجب النقصان وفی المبیع بان نقص فی ید البائع لا یجب النقصان ۱۲ **حمیدیہ قولہ** انضمان حقیقۃ الخ یعنی اذا نقص شیء من قیمۃ المبیع فی ید البائع بفوات وصف منہ قبل ان یقبضہ المشتری لا یضمن البائع شیئا من النقصان حتی ینقص شیء من الثمن عن المشتری بسبب نقصان الوصف وان فحش النقصان کما لو اشتری جاریۃ بمائۃ مثلا فاعورت فی ید البائع فصارت تساوی خمسین کان المشتری مخیرا بین امضاء البیع وفسخہ فلو اختار البیع وجب علیہ تسلیم تمام المائۃ کما شیء لان ضمان العقد والاوصاف لا تضمن بہ اما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل وہو القبض وہذا لان العقد یرد علی الاعیان الا علی الاوصاف والغصب فعل یحل الذات بجمیع اجزائہا وصفاتہا فکانت مضمونۃ ۱۲ **عینی**

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۹۱ **قولہ** نصیرا الخ احترز عما اذا صبغ الثوب المغصوب اصفر او احمر فانہ لا ینقطع حق المالک مع انہ احدث صنعۃ متقومۃ بلکن لم یکن بالکامن بہ الاثر لانہ لم یتبدل اسم الثوب ولم یفت اعظم المقاصد ۱۲ ک **قولہ** الا ترے انہ تبدل الاسم الخ فتبدل الاسم دلیل علی المغایرۃ وتبدل المقصود دلیل علی المغایرۃ معنی واذا ثبت المغایرۃ بینہما وقد ثبت الثانی فیکون الاول مستہلکا ضرورۃ ان الشیء الواحد یستحیل ان یکون شیئین فاذا ہلک الاول بفعلہ صار ضامنا لہ والدقیق حادث بفعلہ فیکون ملکا لہ الصنعۃ قائمۃ بذاتہا من کل وجہ العین ہالکۃ من وجہ فصارت الصنعۃ راجحۃ فی الوجود وترجح الاصل یرجع الی الحال والرجحان فی الذات احق من الحال واما قول ابی یوسف بجریان الربوا بینہما دلیل علی بقاء المجانسۃ بینہما بین الدقیق والحنطۃ شبہۃ من حیث ان عمل الطحن صورۃ فی تفریق الاجزاء والربوا مبنی علی الاحتیاط فلعبا شبہۃ المجانسۃ من ہذا الوجہ جری حکم الربوا ۱۲ ک **قولہ** بخلاف الشاۃ الخ جواب عن قولہ صار کما اذا ذبح الشاۃ المغصوبۃ وتقریرہ ان العلۃ حدوث الفعل من الغاصب علی وجہ یتبدل الاسم وہہنا الشاۃ بعد الذبح والسلخ باق یقال شاۃ مذبوحۃ مسلوخۃ کما یقال شاۃ حیۃ فان قیل الکلام فیہ بعد التاریب والتقطیع ولا یقال شاۃ مارۃ بل یقال لحم اجیب بانہ کذلک الا انہ قد حصل الفعل بتبدل الاسم ولم ینقطع حق المالک لانہ ما وجد بہا فقد التعیین بعد اشاۃ فیہا ثم السلخ والتاریب بعد ذلک الفوت ما ہو المقصود من الذبح بل یحقق ذلک المقصود فلا یکون ذلک دلیل تبدل العین فبقیت مملوکۃ لصاحبہا بخلاف الطبخ بعدہ فانہ لم یبق ما ہو المتعلق باللحم کما کان فلم یکن لصاحبہا ان یاخذہ ۱۲ ع **قولہ** ہذا الوجہ الخ ای وجہ الاستدلال بتغایر الاسم علی عدم انقطاع حق المالک وبفوات الاسم علی انقطاع حق المالک شامل لعامۃ فصول مسائل الغصب فانہ اذا غصب فیقا فجزہ وغزلہ فنسجہ او قطنا فغزلہ او سما فضربہ ینقطع حق المالک ۱۲ **ک**

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۹۶ **قولہ** ممنوع ای لا نسلم ان النقصان الخلقیۃ بالولادۃ لا یجبر بقیمۃ الولد بل یجبر نقصان الخلقیۃ بالولادۃ بقیمۃ الولد فکان نقصانا ولیس بہلاک فہذا الولد لا یصلح ان یکون خلفا عن الجزء الفائت لانہ مضمون بنفسہ فلم یجز ان یکون ضمان غیرہ بخلاف ما سلفنا ۱۲ مل **قولہ** وکذا اذا ماتت الخ ای الام اذا ماتت بالولادۃ وبقیمۃ الولد وفاء بنقصان الولادۃ فلا ضمان انہ لا یجبر بقیمتہا بقیمۃ الولد بل القول یجبر فی روایۃ ظاہر بنقصانہ وہذا المشیخ علی روایۃ وہی غیر ظاہر الروایۃ واما التخریج المرضی وہی ظاہر الروایۃ ای نہا لا یجبر بعنوان کلام منہا اذ کان بسبب الزیادۃ والنقصان واحدا وہہنا لیس کذلک فان الولادۃ سبب الزیادۃ ولیست بسبب تلف الام اذ الولادۃ لا تفضی الی الموت غالبا فلم یتحد سبب الزیادۃ والنقصان فلم یجبر ۱۲ مل **قولہ** لانہ الخ یعنی الواجب علیہ رد الاصل بالصفۃ التی اخذہا ولم یرد تلک الصفۃ وانما یکون الجبر بورد من الولد الذی ہو خلف من النقصان فاذا لم یرد الولد الذی ہو خلف من النقصان لم یجبر ۱۲ ک **قولہ** ادبی اصلا ای الاصل الولد وبدل النقصان فکذا الاولی من رد خلفہ ای خلف الاصل وہو الولد ولم یوجد الموت والضمیر راجع بعد ہہنا الاصل ویکون المعنی ادبی الاصل الحق بالبراءۃ فکذا الاولی من رد خلفہ ۱۲ **اعظمی** **قولہ** العبد زیادۃ ای فی المالیۃ لانہا انما تتحقق لرغبۃ عامۃ الناس ولیست مرغوبۃ عند العامۃ وانما ہی حرفۃ بعض الجہال فلم ینضم الی العبد کالمحرم ۱۲ **کفایہ** **قولہ** ولانہ ای الاسبب الخ فان قیل المذکور جواب المستشہد بہا من کونہ الخصم وان الولد ملک المولی فلا یصلح ان یکون جابرا للنقصان وقع فی ملکہ ہو علی حال الجواب ان المصنف ای جوابہ بقولہ العبد نقصانا فاذا لم یکن نقصانا لم یحتج الی جابر فاطلاق الجابر علیہ توسع فی العبارۃ فان قیل الولد ضمنہا فکیف یکون خلفا ... ما لیہ المصنف من عدم نقصان بعینہ ۱۲ **عنایہ** **قولہ** لما بلت ثم ردہا کذا فی عامۃ النسخ وہو غرضان الاصل کان موجودا وقت ... بعض النسخ ونسخ بہا ثم ردہا فحملت وکذا فی الجامع الصغیر کما نقل صاحب العنایۃ واختار رفیہ النسخۃ صاحب الکفایۃ فالمعنی ای ردہا حاملتین انہا حبلے مولانا محمد عبد الحلیم ۱۲ **قولہ** ماتت فی نفاسہا قید بالموت فی نفاسہا لیکون الموت فی اثر الولادۃ ۱۲ **کفایہ**

حواشی متعلقہ صفحہ ۲۹۹ **قولہ** اصل الاخرفی بیان ضمان منافع بتقوم وہو اصل انہ یجب فی سبیل الغصب بالتقوم بالمحرز ... فی حق المسلم کسبب النقصان ۱۲ عین

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۲ ۳ ـ ۱ قولہ فی المعنی التماس المطلوب [illegible] المعنی التماس المطلوب منها السکنی وکذا الثوب المعنی التماس المطلوب منه دفع الحر والبرد [illegible] ۲ قولہ [illegible] ۳ قولہ [illegible] ۴ قولہ [illegible] زیلعی

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۶ ۳ ـ ۱ قولہ [illegible] فی الشفعة [illegible] فی الایضاح ان الثابت للشفیع [illegible] ۲ قولہ [illegible] الشفعة [illegible] ۳ قولہ [illegible] حق الشفیع [illegible] حق المشتری ۴ قولہ [illegible] زیلعی

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۳ ـ ۱ قولہ [illegible] زیلعی ۲ قولہ [illegible] ۳ قولہ [illegible] فی الشفعة [illegible] عنایہ

حواشی متعلقہ صفحہ ۴۴ ۳ ـ ۱ قولہ [illegible] عنایہ ۲ قولہ [illegible] رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم [illegible] شرح نقایہ من علی القاری

حواشی متعلقہ صفحہ ۴۹ ۳ ـ ۱ قولہ [illegible] ۲ قولہ [illegible] ع [illegible] عن ابی ہریرة قال قال رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم [illegible] ت

حواشی متعلقہ صفحہ ۱۶ ۳ ـ ۱ قولہ [illegible] النبی صلی اللہ علیہ وسلم [illegible] شرح النقایہ [illegible] الشفعة [illegible] کذا فی [illegible] الشفعة [illegible] کذا فی شرح النقایہ [illegible] الشفعة [illegible] کذا فی [illegible] المذہب [illegible] بالشفعة [illegible] ۱۲ ل

۳۴ حواشی متعلقہ صفحہ ۳۶۲ علہ قولہ لما ذکرنا فی الکتاب وہو قولہ اذا تزوجہا فالاذن فی النکاح الی المولی عند ابی حنیفۃ [illegible] ان الاذن فیہا الخ
ک قولہ نسل فی الاستبراء الخ اوطی المقید [illegible] المطلق [illegible] تعلق بالوطی المقید وہو الاستبراء تعلق بالوطی المطلق ۱۲ ت علہ قولہ من اشتری
الخ فی الطلاق [illegible] من اشتری جاریۃ کانت تحت نکاح او کانت تحت نکاح غیرہ [illegible] ان استبراء [illegible] المشتری قبضہا او کانت معتدۃ الغیر فانقضت عدتہا
بعد ان اشتراہا وقبضہا لم یلزمہ الاستبراء فی شیء من ہذہ الصور [illegible] ۱۲ نتایج الافکار فی کشف الرموز والاسرار مع [illegible]
[illegible]
[illegible] ۱۲ مجمع البرکات

حواشی متعلقہ صفحہ ۳۷۶ علہ قولہ التعلیل بالنجاسۃ الخ [illegible] المشرک انما یجنب عن المسجد الحرام لکونہ نجسا فلا تفصیل بین مسجد ومسجد ۱۲ ک علہ قولہ
وان النبی الخ [illegible] کیف انزل النبی صلی اللہ علیہ وسلم وفد ثقیف فی مسجدہ وہم کفار [illegible] انہ علیہ السلام [illegible]
[illegible] فقال علیہ السلام [illegible] الارض من نجاستہم شیء انما نجاستہم علی انفسہم [illegible] فی مقابلۃ النص [illegible]
فلا یقربوا المسجد الحرام بعد عامہم التعلیل فی مقابلۃ النص [illegible] ۱۲ ن علہ قولہ [illegible]
فان قیل الجنب یمنع عن دخول المسجد الحرام [illegible] النجاسۃ فی المسجد [illegible]
ک علہ قولہ استیلاء الخ [illegible] المسجد [illegible] الفتح [illegible] ۱۲ کف

حواشی متعلقہ صفحہ ۳۷۹ علہ قولہ الموات ما لا ینتفع الخ [illegible] فی الکفایۃ تبعا
[illegible] فی نتایج الافکار [illegible] فی الصحاح الموات [illegible] الارض التی لا مالک لہا من
[illegible]
[illegible]
[illegible] مولانا محمد عبد الحلیم رحمہ اللہ [illegible] فی قول ابی حنیفۃ وابی یوسف
[illegible]
[illegible] کذا فی الدر المختار [illegible]
[illegible] کذا فی العنایۃ وغیرہا ۱۲ مل

حواشی متعلقہ صفحہ ۳۸۲ علہ قولہ [illegible] بالذراع المکسرۃ ست قبضات [illegible]
[illegible]
[illegible]
مل علہ قولہ [illegible]
[illegible] عن علہ قولہ [illegible]
[illegible]
[illegible] ۱۲ نتایج الافکار فی کشف الرموز والاسرار

حواشی متعلقہ صفحہ ۳۸۵ علہ قولہ [illegible] الشفعۃ [illegible]
[illegible] ۱۲ ک علہ قولہ [illegible]
[illegible]
[illegible] ۱۲ مل

تتمہ حواشی متعلقہ صفحہ ۳۰۵ **ملہ قولہ** ولکونہا مشترکۃ بین الکل یعنی ان بعضہا اعم من بعض فالاعم منہا ان یکون الحشیش فی ارض لا یکون مملوکۃ و مسئلۃ
یکون الکلاء فی ذلک مشترکا فی الرعی و منعہ من تعلیس و عدمان یمنع بعضنا من ذلک یعنی کانہ مشترکۃ فی البحار و مشترکۃ اخری اخص من ہذہ و ہی ان یکون الکلاء فی ارض مملوکۃ نبتت
فالنبات صاحبہا الارض فلا یملک صاحبہا یکون فی ارضہ بل الناس فیہ شرکۃ حتی یاخذہ انسان تجلبہ و ہذہ صار ملکا لہ الا ان لصاحب الارض ان یمنع من الدخول فی ارضہ لاجل الاخذ منہا
یجد المرید الکلاء فی موضع آخر غیر مملوک لاحد قریب من ذلک الارض فیقال لصاحب الارض ان تعطیہ بیدک او تاذن لہ ان یدخل فیاخذ منہ واما الحشیش الذی انبتہ
صاحب الارض بان سقی ارضہ و ذکر بہا فانبتت الحشیش فینبا الرعاء فہو احق بہ لکن لیس لمن اخذہ ان ینتفع بہ الا برضاہ لانہ حصل بکسبہ و الکسب للکتب و الشجر ما ینبت فی ارض انسان یکون
لارض و الشجر مالہ ساق نحو السوس و الشوک و الحشیش مالا ساق لہ بل ینبسط علے وجہ الارض کالا ذخر و نحوہ کذا فی غایۃ البیان و الکفایۃ ۱۲ **مل ملہ قولہ** والنار لا الشرکۃ
فی النار و ہو ان الرجل اذا اوقد نارا فی صحراء فان ہذہ النار تکون شرکۃ بینہ و بین الناس اجمع حتی لو جاء انسان واراد ان یستضیٔ بضوء ہذہ النار او یخیط ثوبا لہ بحیال
او یصطلی بہا فی زمان البرد او یتخذ منہا سراجا لیس لمن اوقد النار ان یمنع الغیر من ذلک الا ان یکون اوقد النار فی موضع مملوک وان اراد ان یاخذ من الجمر لیس لہ ذلک
ان یاخذ من ذلک الجمر فلیس لہ ذلک لانہ ملک صاحبہ ان تلک الجمر الذی اوقد النار فان اخذ من تلک الجمر شیئا فان کان ذلک مما لہ قیمۃ اذا جاء صاحبہ فیما کان لہ ان یستردہ
منہ وان لم یکن لہ قیمۃ لم یکن لہ ان یستردہ الا ان الکلاء یمنعون ہذا القدر عادۃ والمانع یکون متعنتا والتعنت ممنوع شرعا من البعثۃ کذا فی العنایۃ و الکفایۃ و غایۃ البیان ۱۲ **مل ملہ**
قولہ حصۃ من الماء و الحاصل ان الشرب بالاجماع لا یجوز بیعہ تبعا للارض بالاتفاق و مقصودا فی روایۃ ۱۲ **کفایہ**

حواشی متعلقہ صفحہ ۳۰۸ **ملہ قولہ** فان لم یکن الخ اعلم ان کون اشجار الرجل فی جانبی النہر و سائر تصرفاتہ علامۃ ان یکون ہذا النہر لہ و جریان مائہ فیہ علامۃ
انہ یکون لہ مجراہ فی ہذا النہر فقولہ فان لم یکن فی یدیہ اشارۃ الی انتفاء العلامۃ الاولی و قولہ ولم یکن جاریا اشارۃ الی انتفاء العلامۃ الثانیۃ یعنی ہے مجموع کلامہ فان لم یوجد شیٔ من العلامتین جمیعا
قال المصنف ولم یکن جاریا بکلمۃ الواو و ہی اشارۃ الی انتفائہما ای الی المدعی و ہو ذلک الرجل البینۃ ان ہذا النہر لہ لانہ کان مدعی رقبۃ النہر او انہ قد کان لہ مجراہ ای موضع الاجراء و
المراد من التسییل فی ہذا النہر یسوقہ الی ارضہ لیسقیہا لانہ ان یدعی حق الاجراء فی ہذا النہر فیقضی لہ ای لذلک الرجل بالبینۃ بالحجۃ کالاہی فیما اذا اقام البینۃ ان ہذا النہر لہ او حقا مستحقا
لہ فی النہر یعنی فیما اذا اقام البینۃ ان لہ مجراہ فی ہذا النہر فقال کذا فی نتائج الافکار و غیرہ ۱۲ **مولانا محمد عبد الحلیم دام فیضہ طلہ قولہ** و علی ہذا المصب الخ
قال شیخ الاسلام خواہر زادہ فی اواخر شرح کتاب الشرب رجل لہ نہر یمر فی بستان غیرہ و یجری میزاب فی دار قوم او لہ ممشی فی دار قوم قد کان یاخذ الی نہر لہ فقال
صاحب البستان والدار لا ادعک تجری الماء الی بستانک و دار و حک تمشی فی داری فقال صاحب البستان و المیزاب و الممشی انہ حق فی ہذا فان کان الماء یجری الی البستانۃ وقت المنازعۃ او کان
... [illegible]
وان کان المجری متصلا بملکہ حتی یجعل الماء فیہ لتعلقہ بملکہ ... [illegible]
... [illegible] ۱۲ **عن ملہ قولہ** لحکم اختلاف الخ ای حکم اختلاف المتخاصمین المدعیین فیہا ای فی ہذہ المذکورات من المصب و المیزاب و الممشی نظیر ما ای نظیر
فی الشرب ۱۲ **عن ملہ قولہ** واذا کان الخ ای نہر بین قوم لہم علیہ ارضون ولا یعرف کیف کان اصلہ بینہم فاختلفوا فیہ جمیعا فی الشرب فالشرب بینہم علے قدر اراضیہم قال فی
القیاس و ہکذا ان ابی علے الدقاق صاحب کتاب الحیض بانہ یکون بینہم علے قدر حاجتہم و فائدتہ انہ اذا کان لاحدہم عشرۃ اجربۃ و للآخر عشرۃ الاف ارضہ یکتفی لہا الطراز
مقدار ان یاخذہ علے ما قال محمد الماء بینہم نصفان و علے قول الدقاق لانہ الماء زیادۃ و ہذا اذا لم یعلم کیف کان الشرب بینہم فاما اذا علم یقسم علے ما کان ۱۲ **عن ملہ**
قولہ لان المقصود الخ معارض لہم ... الی اثبات الید علے الماء الذی فی النہر للمساواۃ فی الید ... فی الاستحقاق و یجب ان اثبات الید علی الماء انما ہو بالاستقاء
بالماء و من ... ان یکون ... من القطعۃ واحدۃ فالحق التساوی فی اثبات الید ۱۲ **ع ملہ قولہ** بخلاف الطریق الخ ای طریق مشترک بین جماعۃ
ولا یعرف کیف کان اصلہ بینہم اختلفوا فی ذلک فانہ یقسم بینہم علے عدد الرؤس لا علے قدر الدار حتی یعطی لصاحب القلیل مثل ما یعطی لصاحب الکثیر و فی الشرب یعطی لصاحب الکثیر اکثر مما یعطی
لصاحب القلیل و ہذا اذا لم یعلم مقدار حقہم و اذا علم یقسم علے ما کان فی الاصل ۱۲ **غایۃ البیان**

حواشی متعلقہ صفحہ ۳۰۹ **ملہ قولہ** لانہ و بیکہ الخ یعنی اذا ادعی رجل قبل رجل دعوی فی ارض او دار او کرم فصالحہ من ذلک علی شرب بغیر ارض فان الصلح
باطل لان الصلح ... علے خلاف ... کان فیہ معنی البیع و بیع الشرب بلا ارض لا یجوز ... لا یجوز الصلح علے عشر ... بغیر ارض ۱۲ **عن ۹ملہ قولہ** کما فی جعلہ ... فان بیع الشرب ...
... لا یجوز بعقد الدین فکذا لا یجوز ... ۱۲ **عن ملہ قولہ** الخ ان یبیعہ الخ و قیل یتخذ حوضا یجمع فیہ ذلک الماء فی کل نوبۃ ثم یبیع الماء ... فی الحوض بثمن معلوم فیقضی
بالدین ۱۲ **کن اکملہ قولہ** لیس الخ فانما کان للمشتری مع الشہادۃ ... و بدون الشرب المشتری ... ان نمیۃ الشرب ... الدین ۱۲ ...

حواشی متعلقہ صفحہ ۳۹۱ ۵۷۰

قولہ وعند ابی حنیفۃ الخ ای وعند ابی حنیفۃ ان الحر ہی التی من باب الغصب [illegible] اعلاہ [illegible] ولکن ذلک یکون ناقصا [illegible] وجہ دون وجہ والاباحۃ کانت ثابتۃ بیقین [illegible] بالشک واحکام الشرع [illegible] اثباتہا [illegible] شبہۃ [illegible] الحدود واعتبار الکمال [illegible] فی النقصان شبہۃ العدم والحدود تندرئ بالشبہات ۱۲ عن **قولہ** ان ابی حنیفۃ [illegible] من الکدر [illegible] من یکدرہ ۱۲ **عینی**

حواشی متعلقہ صفحہ ۳۹۹

قولہ ثلث مرات قال فی کتاب الاصل اذا ارسل الصید [illegible] ان کان ثلث مرات [illegible] لقتل الصید ولم یاکل منہ **مختصر کرخی** **قولہ** وہو ماثور الخ وہو ما روی محمد فی کتاب الآثار وقال اخبرنا ابو حنیفۃ عن حماد عن سعید بن جبیر عن ابن عباس قال [illegible] فکل وان اکل فلا تاکل [illegible] ۱۲ عن **قولہ** [illegible] فی الفرق [illegible] ان ہذا الفرق [illegible] ثم الحکم [illegible] الاول ۱۲ **عنایہ**

حواشی متعلقہ صفحہ ۴۰۰

قولہ [illegible] ان احتمال قتل [illegible] فی کل صید [illegible] اعتبار ذلک [illegible] الاصطیاد [illegible] ۱۲ ک **قولہ** کالجواب الخ ای اذا ارسل الکلب المعلم [illegible] ۱۲ غایۃ البیان

حواشی متعلقہ صفحہ ۴۰۱

قولہ وما ذکرنا الخ [illegible] ۱۲ ع **قولہ** [illegible] ۱۲ ع **قولہ** [illegible] ۱۲ ع **قولہ** [illegible] ۱۲ ع **قولہ** [illegible] ۱۲ **نتائج الافکار**

حواشی متعلقہ صفحہ ۴۰۳

قولہ ویدخل علیٰ ہذا اللفظ [illegible] الرہن [illegible] بالاعیان المضمونۃ بانفسہا [illegible] ۱۲ ک **قولہ** [illegible] فی غایۃ البیان [illegible] شرح مختصر الکرخی [illegible] ۱۲ مولانا محمد عبد الحلیم دام ظلہ **قولہ** [illegible] ک **قولہ** [illegible] ۱۲ ل **قولہ** [illegible] الاعیان المضمونۃ بانفسہا [illegible] علیٰ قول ابی یوسف ۱۲ ن

تتمہ حواشی متعلقہ صفحہ ۴۴۱ **۱۳ قولہ** وہذا التفصیل الخ یعنی ان یکون ضمانا من التبرعین ایضا علے الاول یتقرر به ولکون الواجب الاصلے فیہا القیمۃ تبطل الحوالۃ المقیدۃ ۵ھ
بالعین المضمونۃ بخلاف ہلاکہ فلو امات علے المناسب بہلاک المغصوب لم یبطل الحوالۃ لان الواجب علیہ لما کان القیمۃ کان ہلاک العین کلا ہلاک لتسلیم القیمۃ فی ذمتہ ورد العین کان مخلصا ولم یحصل
والمسلم علے المثلے فی تقریرہ ولکون سبب وجوب القیمۃ قد انعقد جعلت کالموجود بہلاک العین لا یبطل الحوالۃ بخلاف الودیعۃ فان الحوالۃ علیہا تبطل بہلاکہا لو دیعۃ انما وجوب بہلاک القیمۃ ولا سبب لہا
ع **۱۴ قولہ** مبالکہ قد ذکرنا ان الحوالۃ المقیدۃ بالعین علی نوعین احدہما عین ہو ودیعۃ ومثالہ فی عین ہو غصب ففی الودیعۃ یبطل الحوالۃ بہلاکہا وعادالدین الی المحیل وفی الودیعۃ ہلکت الی
خلف وفی الغصب لا یبطل الحوالۃ لان المغصوب ہلک الی خلف وہو الضمان والضمان القیمۃ مقام المغصوب فیحصل کان المغصوب قائم فیبقی الحوالۃ لبقاء ما تقیدت بہ ۱۲ نہایہ **۱۵ قولہ** واقل ای قلا
بالالف واللام وقولہ من قیمتہ ای یوم القبض من الدین بیان للاقل ای ایہما کان اقل فہو مضمون بہ صورتہ قولہ فان کان قیمۃ الرہن اکثر الخ وبیانہ اذا رہن ثوبا قیمتہ عشرۃ بعشرۃ فہلک عند المرتہن
سقط دینہ فان کانت قیمۃ الثوب خمسۃ یرجع المرتہن علی الراہن بخمسۃ اخرے وان کانت قیمتہ خمسۃ عشر فالفضل امانۃ عندنا وعند زفر یرجع الراہن علے المرتہن بخمسۃ لان الرہن عندہ مضمون
بالقیمۃ ۱۲ ک **۱۶ قولہ** من قیمتہ الخ لیست من ہذہ ہی التی تستعمل للتفضیل بل ہی للتبیین بالاقل وہو للتعریف فکانہ قال مضمون باقلہما من الامرین ۱۲ **غایۃ البیان**

حواشی متعلقہ صفحہ ۴۴۳ **۱ھ** الخراج بالضمان حدیث صحیح رواہ احمد وابو داؤد والترمذی والنسائی وابن ماجہ وابن حبان رضی اللہ عنہم من حدیث عائشۃ
رضی اللہ عنہا وفی بعض طرقہ ذکر السبب وہو ان رجلا ابتاع عبدا فاقام عندہ ما شاء اللہ ان یقوم ثم وجد بہ عیبا فخاصمہ الی النبی صلے اللہ علیہ وسلم فردہ علیہ فقال الرجل یا رسول اللہ
قد استعمل غلامی فقال الخراج بالضمان قال ابو عبیدۃ الخراج فی ہذا الحدیث غلۃ العبد یشتریہ الرجل فیستعملہ زمانا ثم یعثر منہ علے عیب دلسہ البائع فیردہ ویاخذ جمیع الثمن ویفوز بغلتہ کلہا لانہ
کان فی ضمانہ ولو ہلک ہلک من مالہ انتہی وفی الفائق کل ما خرج من شئ فہو خراجہ فخراج الشجرۃ ثمرہا وخراج الحیوان درہ ونسلہ انتہی ۱۲ **الاشباہ والنظائر**

حواشی متعلقہ صفحہ ۴۴۴ **۱۱ قولہ** نوع جبر ای لحق المقتول بفوات حیاتہ فان المقتول ینتفع بالدیۃ حیث تقضی بہ دیونہ وتنفذ وصایاہ وتجہیزہ وتکفینہ او لحق ورثتہ لانہ ینتفع بہ الولی بالتشفی فاعلم
معانیہ فی القصاص نوع جبر ایضا علیہ ہو الشیخ ۱۲ مل **۱۲ قولہ** ولنا ما تلونا من قولہ تعالی کتب علیکم القصاص فی القتلی وجہ التمسک ان اللہ تعالی ذکر فی الآیۃ تعیین ان یکون القصاص المذکور فیہا ہو موجب العمد وبینہ
ما بعدہ حملا علیہم الزیادۃ علی النص بالرای وجہ التمسک بالسنۃ ان اللام فی قولہ العمد قود للجنس ای لا معنی غیر ذلک فیتعین ان یکون الحکم جنس العمد القود ۱۲ ع **۱۳ قولہ** والمال الخ
بذلک ای المال المقصود والمعنی فالآدمی خلق متحملا لامانۃ اللہ تعالی فالاولی قال العبادۃ والمال خلق لاقامۃ مصالحہ ومملوک للآدمی فالآدمی مالکہ فانی یتماثلان فی القصاص فالنفس بالنفس والقتل بالقتل ۱۲ **کفایہ**

حواشی متعلقہ صفحہ ۴۴۹ **۱۱ قولہ** لشبہہ بالخطا ای نظرا الی الآلۃ فدخل تحت قولہ تعالی ومن قتل مومنا خطأ الآیۃ ۱۲ ک **۱۲ قولہ** ابتداء الخ
احترز بقولہ ابتداء عن دیۃ وجبت بالصلح فی القتل العمد وعن دیۃ وجبت علی الوالد بقتل ولدہ عمدا لانہا لم تجب ابتداء لان الواجب فیہ ابتداء القصاص الا انہ سقط لعلۃ الابوۃ فوجبت
الدیۃ صیانۃ للدم عن الہدر ۱۲ ک **۱۳ قولہ** وما لک الخ وان اکثر الخ قال ذلک لان ما سوی شبہ العمد وانما القتل نوعان عمد وخطاء ولا واسطۃ بینہما فی سائر الافعال کذا فی
ہذا الفصل ۱۲ ک **۱۴ قولہ** والحجۃ علیہ ما سلفناہ قیل اراد قولہ علیہ السلام الا ان قتیل خطاء العمد قتیل السوط والعصا الحدیث ولکن الموعود من المصنف سبق فی شبہ انہ لقی بی ما رویناہ والحق
ان یقال انما قال ما سلفناہ نظرا الی الحدیث والی المعقول ۱۲ عنایہ **۱ھ** یعنی ان استعمال آلۃ القتل غالبا انما یکون اذا کان المقتول غافلا عنہ فیقتل کاستعمال السکین والسیف
وہہنا لا یمکن استعمال ہذہ الآلۃ الا بعد خفاء من المقتول احتیاج فیقتل بہا الی توالی الضربات فلم یکن ہذا الاستعمال استعمالا فی القتل ۱۲

حواشی متعلقہ صفحہ ۴۶۲ **۱۱ قولہ** اما القطع والقتل الخ یعنی فان جعل قصاص الید انما یجب بعد استحکام اثر الفعل وذلک بالبرء فالقاطع یجب قصاص الکل
بالجز سے فعلاہ لو حدۃ فلا یجتمعان فلا بل یجتمعان لان مبنی القصاص المساواۃ وہی انما تتحقق باعتبارہما ۱۲ عنایہ **۱۲ قولہ** فبرء من الخ معناہ ضرب تسعین فی موضع وعشرۃ
فی موضع آخر فبرء من موضع التسعین وبقی اثر العشرۃ ۱۲ ک **۱۳ قولہ** ففیہ دیۃ واحدۃ لانہا اذا برء من التسعین لم یبق لہا اثر اصلا فان بقی لہا اثر فینبغی ان یجب علیہ حکومۃ
العدل لاسواط ودیۃ للقتل ۱۲ ک **۱۴ قولہ** وکذلک کل جراحۃ الخ یعنی مثل ان کانت شجۃ فالتحمت ونبت الشعر فانہا لا تبقی معتبرۃ الا فی حق الارش ولا فی حق
حکومۃ عدل وانما تبقی فی حق التعزیر ۱۲ ع

حواشی متعلقہ صفحہ ۴۶۳ **۱۱ قولہ** او اقل اکثر من نصف العشر ہو الصحیح من النسخ وفی بعضہا او اکثر وفی بعضہا وکشف فاما الشارح
کلاہما غیر صحیح لان المراد ان یکون الاقل من ثلثہ ثلثا اکثر من نصف العشر وہو انما یکون اذا کان اکثر صفۃ فاقل او عبارۃ دال علیہ بالواو فیہ ذلک العیار فی بعض شرح الجامع الاکثر
لیس بصحیح لانہ لو کان نصف العشر لکان الحکم کذلک ۱۲ عنایہ **۱۲ قولہ** ان کل جزء الخ کما لو اشترک عشرون رجلا فی قتل رجل خطاء یجب علے کل واحد منہم نصف عشر الدیۃ فی ثلث سنین ۱۲ **کفایہ**

تتمہ حواشی متعلقہ صفحہ ۴۸۴ ۱۲ قولہ ویستوی فیہ ای فی وجوب نصف العشر باعتبار الدیۃ خمسمائۃ درہم ۱۲ ع ۱۳ قولہ فالطلاق ما روینا ہو

قولہ علیہ السلام فی الجنین غرۃ عبد او امۃ قیمتہ خمسمائۃ درہم ۱۲ ع ۱۴ قولہ وان فی الجنین الخ دلیل معقول علے الفرق بین الذکر والانثی وارادہ بالجنین تقسیمۃ الی الولدین

المنفصلین الذکر والانثی وصفاہ انما ظہر التفاوت بین الذکر والانثی فی الولدین المنفصلین لفضیلۃ تفاوت معانی الآدمیۃ بحسب الملکیۃ فان الذکر مالک لما ذکرنا والانثی

مالکۃ لما لا کما ما لکان بینہا تفاوت فیما ہو من خصائص الآدمیۃ وہو معدوم فی الجنین فیتقدر بمقدار واحد ہو خمسمائۃ ۱۲ ع ۱۵ فی الصحیحین عن ابی ہریرۃ ان النبی صلی اللہ علیہ وسلم

قضی فی جنین امرأۃ من بنی لحیان بغرۃ عبد او امۃ وروی ابن ابی شیبۃ فی مصنفہ عن اسمٰعیل بن عیاش عن زید بن اسلم ان عمر بن الخطاب قوم الغرۃ خمسین دینارا وکل دینار

بعشرۃ دراہم واخرج البزار فی سندہ عن عبد اللہ بن بریدۃ عن ابیہ ان امرأۃ حذفت امرأۃ فقضی رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم فی ولدہا بخمسمائۃ ونہی عن الحذف واخرج ابو داؤد

فی سننہ عن ابراہیم النخعی قال الغرۃ خمسمائۃ یعنی درہما ۱۲ شرح نقایہ

حواشی متعلقہ صفحہ ۴۹۲ ثلہ قولہ من خمس الدیۃ الا تری انہ لو شہد علیہم بیمینہم ثم تعلقت حقا کان علی کل واحد منہم خمس الدیۃ فیشترک الا شہادۃ فی حق

الباقین لا یزداد الوجوب علے من اشہد علیہ ۱۲ ع ۲ ثلہ قولہ فعلیہ ثلث الدیۃ لکون کل منہم فی ثلثی شریکہ فیضمن ثلثی الدیۃ والمراد من شہادتہ فی غیبہ لکونہ غیر متعدی فیہ ۱۲

اعظمی ثلہ قولہ فی الفصلین ای فصل الحائط المائل المشترک بین خمسۃ وفصل دار بین ثلثۃ نفر وقیل جواب ابی حنیفۃ فیما اذا مات القتیل بثقل الحائط وابو یوسف ومحمد

لا یخالفانہ فی ذلک وجوابہما فیما اذا مات بسبب الجرح بان جرحہ الحائط وابو حنیفۃ ربع او اخفہما فی ذلک ۱۲ ک ثلہ قولہ ان قتلہ الخ ولہذا یقال فی مسئلۃ البئر انہ یجمع

فی حقہ معنیان احدہما موجب للضمان وہو التعدی بالحفر فی ملک غیرہ والآخر مانع منہ وہو عدم التعدی من حیث الحفر فی ملکہ فیقبل العشر بینہما فیلزمہ نصف الضمان ۱۲ عنایہ

حواشی متعلقہ صفحہ ۵۴۴ ثلہ قولہ ولا نہم الخ ہذا التعلیل لبیان امتناع وصیۃ القاتل بحق الورثۃ باعتبار انہم لو رضوا بہا للقاتل کما لا یرضونہا لعدم

الورثۃ لو رضوا بالوصیۃ لعدمہم یجوز فکذا القاتل وما قالہ ابو یوسف ان حرمانہ کان بطریق العقوبۃ فلا یسقط الا تری انہ یستوی فیہ الخاطی والعامد والخاطی لا یستحق العقوبۃ ۱۲ مل

ثلہ قولہ بالحدیث الذی رویناہ اشارۃ الی ما تقدم فی کتاب الہبۃ فیمن خص بعض اولادہ فی العطیۃ ۱۲ ع ثلہ قولہ وقت الوصیۃ حتی لو اوصی لاخیہ وہو وارث ثم ولد

لہ ابن صحت الوصیۃ للاخ ولو کان لہ ابن فمات الابن قبل موت الموصی بطلت الوصیۃ للاخ ۱۲ زیلعی ثلہ قولہ واقرار المریض للوارث علے عکسہ ای علی عکس الحکم فی الوصیۃ

حتی یعتبر کونہ وارثا عند الاقرار لا عند الموت لان الاقرار تملیک وتصرف فی الحال من غیر نظر الی ما بعد الموت ولہذا لو اقر فی مرض الموت لاجنبی بدین صح من جمیع المال وفائدتہ ہذا انہ اذا لم

یکن وارثا عند الاقرار ثم صار وارثا فمات المقر لا یبطل اقرارہ ولکن ہذا اذا صار بسبب حادث لان الاستحقاق مضاف الی السبب الحادث فاما اذا صار وارثا بسبب القرابۃ

لکن یمتنع علما لمانع عمل السبب عملہ من قبل الوقت ولہذا لو اقر لاجنبیۃ ثم تزوجہا لم یبطل اقرارہ فان اقر لاجنبیۃ ثم قال ہو ابنی ثبت نسبہ منہ وبطل اقرارہ ۱۲ عن ثلہ قولہ

ومروی الخ اخرج الدارقطنی فی سننہ فی الفرائض عن ابن عباس ان النبی صلی اللہ علیہ وسلم قال لا تجوز الوصیۃ لوارث الا ان یشاء الورثۃ انتہی ۱۲ ت ثلہ قولہ ولان الامتناع

لحقہم ای لحقہم الذی ہو تاذیہم بایثار البعض دون البعض والتقیید علے ہذا الوجہ یندفع ما قیل لو کان الامتناع لحقہم لجاز فیما دون الثلث لانہ لا حق لہم فیہ والا فلا حق لہم فی الثلث کما فی الوصیۃ

للاجنبی ۱۲ ع ۱۹ ثلہ قولہ ویجوز الخ وافترق الوصیۃ والارث حیث لا یجری التوارث بین المسلم والذمی ویجوز الوصیۃ بینہما وذلک لان الارث وراثۃ بطریق الخلافۃ لان ما کان للمورث

کان للوارث ولا ولایۃ مع اختلاف الدین واما الوصیۃ فتملیک مبتدء ولہذا لا یرد الموصی لہ بالعیب والعیب مغرور فیما اشتراہ الموصی بخلاف الوارث ۱۲ عن

حواشی متعلقہ صفحہ ۵۴۹ ثلہ قولہ وقالا الخ قال ابو یوسف ومحمد یبدأ بالعتق قبل المحاباۃ قدم العتق او اخر فان لم یبق شیء من الثلث بطلت الوصیۃ

الباقیۃ وان بقی من الثلث شیء تضارب اہل الوصایا الباقیۃ علے قدر وصایاہم وکان لکل منہم قدر حصتہ من ذلک ۱۲ عن ثلہ قولہ العتق الخ فانہ یبدأ بکل ذلک

قبل کل وصیۃ ثم تضارب اہل الوصایا بعد ذلک فما بقی من الثلث یکون بینہم علے قدر وصایاہم ۱۲ عن ثلہ قولہ الموقع الخ فیہ اشارۃ الی الجزء المفوض الی اعتاق الورثۃ مثل ان

یقول اعتقوہ او یوصی لعتقہ بعد موتہ ۱۲ ع ثلہ قولہ العتق المعلق الخ والوجہ فیہ ان ما یکون منفذا عقیب الموت من غیر حاجۃ الی التنفیذ فہو فی المعنی اسبق مما یحتاج

الی التنفیذ والترجیح یقع بالسبق ولو جعلوا العتق المنفذ بالموت یلحق باستحقاق الدیون فان صاحب الدین من غیرہ باستیفاء دینہ اذا ظفر بجنس حقہ وہہنا نفس الموت یصیر مستوفیا

حقہ والدین مقدم فکذا ما فی معناہ ۱۲ ک ثلہ قولہ کالتدبیر الصحیح انما قید بالتدبیر الصحیح ہہنا لانہ لم یکن صحیحا کما اذا قال ان مت من مرضی ہذا او بعد موتی بیوم او شہر لا یکون مقدما

علے سائر الوصایا بل ہو وسائر الوصایا سواء والتدبیر الصحیح مثل ان یقول الرجل لمملوکہ انت حر بعد موتی او انت حر ان مت او ان حدث

بی حدث فہذا کلہ واحد وہو مدبر ۱۲ عن

حواشی متعلقہ صفحہ ۵۵۲ ۱ **قوله** وهو قول محمد رح اصل المصنف وجه رواية والا فالقدوری فی شرح مختصر الکرخی وشمس الائمة السرخسی رح فی شرح الکافی وشمس الائمة البیهقی فی الکفاية وصاحب التحفة والشیخ ابو نصر فی شرح الاقطع جعلوا قول محمد رح تقديم الزکوة علی الحج کذا فی غاية البیان ۱۲

مولانا محمد عبد الحلیم دام فیضه ۲ **قوله** من الحج لانه فرض لقوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها فی سبيل الله فبشرهم بعذاب اليم يوم يحمى عليها فی نار جهنم فتكوى بها جباههم وجنوبهم وظهورهم هذا ما كنزتم لانفسكم فذوقوا ما كنتم تكنزون وقال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا ومن كفر فان الله غنی عن العالمين ای من ترك الحج وروی عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من مات ولم يحج فليمت يهوديا او نصرانيا ۱۲ **عن**

۳ **قوله** تقدم لبعض الخ ومن ذلك ان صدقة الفطر مقدمة على النذور لان صدقة الفطر وجبت بايجاب الله تعالى فتقدم على الواجب بايجاب العبد والنذور و الكفارات كلها مقدمة على الاضحية لان الاضحية مختلف فی وجوبها ولم يختلف فی وجوب النذور والاضحية مقدمة على النوافل ثم كفارة القتل مقدمة على غيرها لان كفارة القتل اقوى الا ترى ان الاسلام شرط فی ذلك ثم تقديم كفارة اليمين على كفارة الظهار لان كفارة اليمين وجبت بهتك حرمة اسم الله تعالى وكفارة الظهار وجبت بايجاب حرمة على نفسه فكانت كفارة اليمين اقوى ۱۲ **ک** ۴ **قوله** فمن مات الخ بان اوصى بان يحج عنه تطوعا او اوصى بان يعتق عنه نسمة تطوعا او اوصى بان يتصدق عنه على الفقراء لا يعتبر ما فيه يبدء بما بدء الميت وانما كان كذلك لان الموصی لو فی هذه الصورة واحد وهو الله تعالى لان الوصية بالحج وكذلك الوصية بعتق نسمة بالعين فانها حق الله تعالى والعبد لان العبد اذا لم يكن بعينه كان مجهولا والوصية للمجهول لا تصح فثبت ان الموصى له واحد المقصود واحد وهو التقرب الى الله تعالى ۱۲ **ک** ۵ **قوله** كما اذا صرح بذلك وهو ان يقول ابدأ بما بدأت هذا هو ظاهر الرواية وروى الحسن عن اصحابنا رح انه يبدء بالافضل فالافضل يبدء بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق سواء بدء بالصدقة ام اخرها ۱۲ **كفايه**

حواشی متعلقہ صفحہ ۵۵۵ ۱ **قوله** لانها مقيدة بهذا الوصف لان غرضه الصلة لا قرابة وما كان بطريق الصلة يختص فيه بالرحم المحرم كالنفقة ۱۲ **ک** ۲ **قوله** قال هذا لم يقع مناسبا لان عادة المصنف ان يذكر لفظ قال اذا كان المسئلة مسئلة القدوری او الجامع الصغير او كانت مذكورة فی البداية وهذه من قوله الى قوله ومن اوصى لولد فلان ليست من تلك الجملة وكل هذه المسائل مذكورة فی مختصر الكرخی ۱۲ **عن** ۳ **قوله** يتناول كل من الخ الزوجة واليتيم فی حجره والولد اذا كان بعياله واما اذا كان كبيرا او قد اعتزل عنه او كانت بنتا قد تزوجت فليس من اهله انما اهله من تلزمه نفقته وهو فی عياله الا ان المماليك لا يدخلون لانهم خدم الاهل تبع لهم ولا يقال المماليك اهل المولى ايضا ولو كان له اهل ببلدتين دخلوا جميعا ۱۲ **عن** ۴ **قوله** قال الله تعالى ای فی قصة يوسف رح واتونی باهلكم اجمعين ولم يرد الزوجة خاصة بل يحمل على الكل ۱۲ **غاية البيان**

حواشی متعلقہ صفحہ ۵۵۶ ۱ **قوله** وهم المحصون الخ هذا اشارة الى انهم اذا كانوا محصون كان الحكم كما تقدم من دخول الغنی والفقير بل يدخل الذكر والانثى فی الايامی دخولا فی الارامل ام لا قال الكرخی يدخل لان الايم هی التی لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا ويقال رجل ايم ايضا وقال محمد الايامی البنت خاصة وقول المصنف رح يحتمل الظاهر دخوله لانه ترك اعتمادا على ما ذكر فی باب الارامل ۱۲ **ع** ۲ **قوله** يدخل فيه الخ وانما يدخل الاناث تحت هذه الوصية فيما اذا اختلط الذكور بالاناث واما اذا انفرد الاناث فلا شيء لهن بالاتفاق ۱۲ **ک** ۳ **قوله** او فخذ الفخذ من العشائر اقل من البطن ومعناه فيما قال صاحب الكشاف الشعب الطبقة الاولى من الطبقات الست التی عليها العرب وهی الشعب والقبيلة والعمارة والبطن والفخذ والفصيلة فالشعب يجمع القبائل والقبيلة تجمع العمارة والعمارة تجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصائل خزيمة شعب كنانة قبيلة وقريش عمارة وقصی بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسميت الشعوب لان القبائل تتشعب منها ۱۲ **غاية البيان** ۴ **قوله** حيث يتناول الخ هذا اذا كانوا يحصون الا اذا كانوا لا يحصون فالوصية باطلة كذا فی المبسوط ۱۲ **ک** ۵ **قوله** وهذا يدخل فيهم الخ ذكر فی الجامع الكبير لشمس الائمة ان الحكم فی بنی فلان [illegible] وموالی الموالاة [illegible] الوصية لقسم الوصی بين من [illegible] عليهم من فقرائهم [illegible] من [illegible] لهم [illegible] وهم [illegible] وانما دخل الكل لان الاسم [illegible] بالنسبة الى القبيلة [illegible] ۱۲ **كفايه** ۶ **قوله** سواء [illegible] بالقسمة والاستحقاق [illegible] كانوا ذكورا او اناثا [illegible] منهم [illegible] الوصية [illegible] الذكور [illegible] بين [illegible] كما [illegible] على [illegible] **ک** [illegible] ۱۲ **كفايه**

حواشی متعلقہ صفحہ ۵۵۷ ۱ **قوله** لانهم الخ [illegible] ۱۲ **عن** ۲ **قوله** [illegible] **تاج الشريعة**